UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

DEVANT

LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

(Etude de Droit français)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon le 29 juin 1925, à 14 heures,

PAR

Charles BOISSARD

Président : M. GUILLOIS, professeur.

Suffragants : M. JAPIOT, professeur.
M. HUGUENEY, professeur.

L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

DEVANT LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

DEVANT

LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

(Etude de Droit français)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon le 29 juin 1925, à 14 heures,

PAR

Charles BOISSARD

Président : M. GUILLOIS, professeur.

Suffragants : M. JAPIOT, professeur.
M. HUGUENEY, professeur.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BIBLIOGRAPHIE

Archives parlementaires. — T. 76 et 77, 2e série.
Berthélemy. — Traité élémentaire de droit administratif, 1921.
Carré de Malberg. — Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920.
Duguit. — Droit constitutionnel, 1921.
Duvergier. — Collection des lois et décrets, 1832.
Ebren. — Théorie du détournement de pouvoir, thèse, Lyon 1901.
Edmein, — Droit constitutionnel, 1921.
Garraud. — Traité de droit criminel, 2e éd.
Hauriou. — Précis de droit administratif, 1921. — Précis de droit constitutionnel, 1923,
Jacquelin. — Principes dominants du contentieux administratif, 1899.
Laferrière. — Traité de la juridiction administrative, 2e éd., 1896.
Merlin. — Répertoire de jurisprudence. — Recueil alphabétique des questions de droit. — Supplément au Recueil alphabétique précité.
Moreau. — Le règlement administratif, 1902.
Nézard. — Le contrôle juridictionnel du règlement administratif.
Rives. — L'exception d'illégalité. Paris, 1908 (1).

Articles de Revues et notes de jurisprudence :

Arthur. — Séparation des pouvoirs et des fonctions. « Revue de droit public », 1903.
Réglade. — L'exception d'illégalité. « Revue de droit public », 1923.
Appleton. — Dalloz 1921, I, 49.
Duguit. — Sirey 1918-1919, I. 73. — Sirey 1918-1919, I, 193. — Sirey 1922, I, 241.
Hauriou. — Sirey 1917, III, 1. — Sirey 1923, III, 40. — Sirey 1924, IV, 41.
Note anonyme au Sirey 1914, I, 420.

(1) Cette thèse contient une bibliographie étendue de la matière.

INTRODUCTION

L'étude de l'exception d'illégalité devrait comporter l'examen de tous les cas où l'on conteste la validité d'une règle de droit, motif pris de ce qu'elle serait contraire à une loi émanant d'une autorité supérieure dans la hiérarchie des organes de l'Etat.

Que, par exemple, la loi suprême, la Constitution, vienne à être violée par une loi ordinaire, la question se posera de savoir si la force obligatoire de cette loi ne pourrait pas être déniée. De même, que les dispositions d'un règlement administratif, pris pour assurer l'exécution d'une loi, soient en contradiction avec les termes de cette loi, il y aura lieu de déterminer dans quelle mesure l'application de ce règlement illégal pourra être écartée par les tribunaux.

C'est ce dernier point seul qui fera l'objet de cette étude. Il n'y sera traité que de l'illégalité du règlement, sans que soit abordé le problème de l'inconstitutionnalité des lois.

En effet, dans l'état actuel de notre droit, la question de savoir si le pouvoir judiciaire est compétent pour apprécier la constitutionnalité des lois reste une controverse purement doctrinale et d'ailleurs sans grand intérêt pratique, car notre Constitution de 1875 ne contient pas de déclaration des droits, de sorte que, rien n'étant garanti par elle, on ne voit pas comment une loi en violerait les termes.

On pourrait, il est vrai, concevoir qu'une loi ordinaire apportât des modifications à l'organisation des pouvoirs publics, ce qui ne devrait régulièrement résulter que d'une revision votée par la Chambre des députés et par le Sénat, réunis en Assemblée nationale.

Mais comme cette hypothèse ne se réaliserait vraisemblablement qu'avec un coup d'Etat, qui changerait ipso facto *la Constitution, celle-ci ne pourrait plus être invoquée par les tribunaux pour déclarer inconstitutionnelles les lois issues d'un régime politique nouveau.*

Il convenait cependant de rappeler, au début de cette étude, que la théorie de l'inconstitutionnalité des lois et celle de l'illégalité des règlements fait partie d'un même système doctrinal. Comme nous le verrons, en effet, il est certains arguments, apportés à l'appui de l'extension de l'exception d'illégalité à tous les règlements administratifs, qui ne sauraient être soutenus, que si l'on admet que la régularité des lois peut faire l'objet d'un débat contentieux.

Chapitre I. — Définition et régime juridique de l'exception d'illégalité.

§ I. — La séparation des pouvoirs et l'exception d'illégalité.

La séparation des pouvoirs. — Les textes qui établissent la séparation des pouvoirs. — Les fondements rationnels du principe de la séparation des pouvoirs. — Conséquences du principe de la séparation des pouvoirs. — L'illégalité d'un acte administratif ne lui fait pas perdre son caractère administratif. — L'exception d'illégalité.

*
* *

§ II. — Les caractères et les effets de l'exception d'illégalité.

Le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la validité devant la juridiction administrative. — Nature juridique de l'exception d'illégalité. — Comparaison de l'exception d'illégalité et du recours pour excès de pouvoir. — Vices des actes administratifs à l'occasion desquels l'exception d'illégalité peut être soulevée. — Pouvoirs du juge.

Effets de l'exception d'illégalité. — Cas où l'exception d'illégalité est introduite en même temps que le recours pour excès de pouvoir, ou le recours gracieux, ou le recours hiérarchique.

§ I. - La séparation des pouvoirs et l'exception d'illégalité.

L'exception d'illégalité est le moyen par lequel un tribunal écarte, pour trancher un litige dont il est saisi, les dispositions d'un acte administratif qui sont en contradiction avec la législation en vigueur.

Quand, par exemple, un prévenu est traduit devant le juge de simple police pour contravention à un règlement municipal, l'inculpé peut invoquer, pour sa défense, l'illégalité du règlement qu'il a violé, et si le juge reconnaît que cette exception d'illégalité est fondée, il doit faire abstraction des dispositions illégales du règlement et acquitter, par conséquent, celui qui était poursuivi pour ne s'y être pas conformé.

Il semble, au premier abord, que ce pouvoir d'appréciation laissé au juge n'ait rien qui doive étonner. Le pouvoir exécutif et l'administration, dans les constitutions modernes, sont subordonnés au pouvoir législatif. Ils ont pour mission d'assurer l'exécution des lois et le fonctionnement des services publics, sans jamais sortir de la légalité. Le juge qui est chargé de dire le droit, à propos d'un litige déterminé, doit d'abord faire triompher le statut légal, et subordonner à la volonté du législateur aussi bien les décisions des administrateurs que les termes des contrats de droit privé.

Pourtant l'exception d'illégalité est un des problèmes les plus délicats de notre droit, car elle pose la question de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, et se présente à l'égard de ce principe fondamental comme une exception dont il est aussi difficile de justifier l'existence que de limiter la portée.

La séparation des pouvoirs.

C'est, en effet, un des traits caractéristiques du droit français que l'existence de deux ordres de juridiction indépendants l'un à l'égard de l'autre : les tribunaux judiciaires, appelés encore tribunaux ordinaires, compétents en matière de droit privé ; les juridictions administratives chargées de connaître des litiges de nature administrative.

Les organes juridictionnels sont divisés en deux branches : d'une part, toutes les juridictions dont les décisions sont soumises à la censure de la Cour de Cassation (justices de paix, tribunaux civils d'arrondissement,

tribunaux de commerce, cours d'appel, juridictions pénales, etc.) ; d'autre part, le Conseil d'Etat et les juridictions qui lui sont subordonnées par la voie de l'appel ou du recours en cassation (conseil de préfecture, conseil du contentieux des colonies, Cour des comptes, etc.).

Enfin, le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives comporte comme sanction, quand une difficulté s'élève sur le point de savoir si un litige ressortit à la juridiction administrative ou à l'ordre judiciaire, le conflit d'attribution, tranché par une autorité spéciale : le Tribunal des conflits.

Les textes qui établissent la séparation des pouvoirs.

A s'en tenir aux textes, la séparation des autorités judiciaire et administrative est conçue en France avec une extrême rigueur. Les lois qui l'ont édictée datent de l'Assemblée Constituante et de la Convention, et s'expliquent par des raisons historiques.

Sous l'Ancien Régime, les Parlements apportaient sans cesse des entraves à l'action des intendants, et rendaient des arrêts qui étaient de véritables règlements administratifs. Les Assemblées révolutionnaires décidèrent de rendre au pouvoir exécutif son indépendance et la plénitude de ses droits. Elles supprimèrent les Parlements et organisèrent la séparation des pouvoirs, mais d'une manière qui montre bien que leur intention était d'abord de consacrer l'autonomie de l'administration.

Les premiers textes, en effet, se bornent à interdire aux tribunaux judiciaires tout empiétement en dehors du cercle de leurs attributions, mais aucune prescription réciproque n'est adressée à l'administration.

Trois lois de l'époque révolutionnaire ont organisé la séparation des pouvoirs : la loi du 16-24 août 1790, la constitution du 3 septembre 1791 et la loi du 16 fructidor an III. Voici en quels termes :

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs. » (Loi 16-24 août 1790, titre II, av. 13).

« Les tribunaux... ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions. » (Loi 3 septembre 1791, av. 3).

« Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient. » (Loi 16 fructidor an III).

Ces textes contiennent, à l'égard des tribuuaux judiciaires deux sortes d'interdictions : 1° la défense absolue aux magistrats de s'immiscer dans l'administration active, de prendre des règlements généraux ou des arrêtés individuels ; 2° l'interdiction aux tribunaux judiciaires de connaître du contentieux administratif qui est de la compétence des seules juridictions administratives.

En d'autres termes, les assemblées révolutionnaires ont institué, d'une part la distinction de la fonction de juger et de celle d'administrer, ou séparation des fonctions; d'autre part, la séparation des contentieux établie d'après la nature des litiges.

Logiquement, la séparation des pouvoirs devrait poser à l'égard de l'administration et de l'autorité judiciaire des obligations réciproques. Pourtant c'est seulement contre celle-ci qu'elle fut d'abord dirigée explicitement. Aucun texte de l'époque révolutionnaire n'interdisait d'une façon précise aux juridictions administratives ou aux fonctionnaires de l'administration active d'empiéter sur les attributions de l'autorité judiciaire. Ceux que l'on peut citer (1) prouvent simplement que l'Assemblée constituante considérait que l'égalité devant la justice pour tous les citoyens impliquait l'interdiction de donner compétence, par exception, pour un procès déterminé à une juridiction qui normalement n'aurait pas dû en connaître, ou de créer un tribunal spécial pour juger d'une affaire que l'on retirait ainsi à ses juges naturels. Mais toutes ces prohibitions ne prévoyaient pas le cas d'une juridiction administrative qui eut étendu sa compétence à des matières touchant au droit privé.

Il a fallu attendre le Code Pénal de 1810 pour que la réciprocité du principe de la séparation des pouvoirs fut formulé en termes exprès. Par ses articles 127, 128, 130 et 131, placés dans la section qui réprime les « empiétements des autorités administratives et judiciaires » le Code Pénal prévoit les mêmes peines à l'encontre des administrateurs qui se seraient ingérés à prendre des arrêtés généraux tendant à intimer des ordres ou des défenses aux tribunaux ou qui entreprendraient sur les fonctions judiciaires, et contre les juges qui auraient excédé leurs pou-

(1) « L'Ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi (loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 171.

« Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par un corps législatif, ni par la loi. Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi » (Constitution du 3 sept. 1791, titre III, chap. V, art. 1 et 4).

voirs en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives.

Il ne serait cependant pas exact de dire que désormais le principe de la séparation des pouvoirs s'applique avec une égale rigueur a l'autorité administrative et à l'autorité judiciaire. Il reste, en effet, un vestige dans la procédure du conflit de cette préoccupation dominante du législateur de libérer d'abord de toute entrave et de faire échapper à tout empiétement l'autorité administrative. L'ordonnance du 1er juin 1828, qui règle encore la manière d'élever le conflit d'attribution, en fait une procédure unilatérale qui joue seulement au bénéfice de la juridiction administrative. Le préfet qui a reçu mission, au nom du gouverneur, de faire respecter la séparation des pouvoirs, peut bien inviter un tribunal, saisi d'une question qui ressortit au contentieux administratif, à se déclarer incompétent, mais, en revanche, nulle autorité ne peut obliger une juridiction administrative à se dessaisir d'un litige qui lui aurait été soumis et qui, normalement, aurait dû être porté devant les tribunaux judiciaires.

Ainsi, tous les textes s'accordent pour ne laisser aucun doute sur la rigueur avec laquelle le législateur a posé la séparation des pouvoirs. Il semble donc que ce principe devrait avoir pour l'autorité judiciaire une valeur absolue et que celle-ci ne pourrait y apporter, sans une exception législative expresse et précise, aucun tempérament.

Les fondements rationnels du principe de la séparation des pouvoirs

Mais si nous laissons les textes positifs qui ont établi la séparation des autorités ainsi que les événements historiques qui les expliquent, et si nous recherchons quels sont les motifs rationnels qui ont poussé le législateur de l'époque révolutionnaire à proclamer ce principe, nous arrivons encore à cette même conclusion que la séparation des pouvoirs, telle qu'elle fut d'abord proclamée, paraît être une règle rigoureusement impérative, bien que, par suite de l'évolution des idées et du droit, on ait sans cesse tendu à atténuer ce principe par des raisons tirées de l'opportunité ou des nécessités pratiques.

A la base de la séparation des pouvoirs se trouvent, en effet, à la fois des arguments pratiques et des principes de droit constitutionnel, et ces principes qui à l'époque révolutionnaire étaient primordiaux, semblent aujourd'hui avoir perdu beaucoup de leur intérêt, tandis que les motifs d'ordre pratique apparaissent comme de plus en plus déterminants.

Ces motifs se ramènent à trois principaux :

Il est bon, affirme-t-on, que la solution des procès soit confiée, suivant leur nature, administrative ou privée, à des juges spécialisés. La justice est mieux rendue si les juges ne connaissent pas indifféremment de tous les procès, mais seulement de ceux qui se rapportent à des matières pour la solution desquelles ils sont particulièrement qualifiés. En somme, il faut appliquer dans le domaine judiciaire la théorie du la division du travail. Il est logique de confier tous les litiges du droit public à des juridictions spéciales dont les membres, au moins pour partie, sont recrutés dans l'administration active et par là même familiarisés avec les questions qui leur sont soumises, tandis que tous les procès du droit privé doivent être exclusivement jugés par des magistrats tenus par le statut de leur profession à l'écart des compétitions administratives et des influences gouvernementales. La séparation des pouvoirs s'impose donc pour assurer la bonne administration de la justice, comme s'est imposée la création, à l'intérieur de l'ordre judiciaire proprement dit, de tribunaux de commerce, de conseils de prud'hommes ou de jurys d'expropriation, composés de juges spécialistes.

D'autres motifs pratiques sont encore invoqués dans l'intérêt même des plaideurs pour confier le contentieux administratif à des juridictions spéciales. On fait remarquer qu'il convient que les actes de l'administration soient déférés à des fonctionnaires ne faisant pas partie de l'administration active, ce qui assure leur indépendance, mais conservant néanmoins des rapports multiples avec les autorités administratives. Ces juges, qui restent en quelque mesure des administrateurs, prennent vis-à-vis de l'administration des pouvoirs d'investigation et d'appréciation beaucoup plus grands que ne le feraient des juges de carrière de l'ordre judiciaire. Ceux-ci ont tendance à considérer que la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire a fait de l'administrateur l'égal du juge et sont arrêtés par la crainte d'entraver la liberté nécessaire de l'administration.

Au contraire, les membres des juridictions administratives, qui sont en même temps que des juges des administrateurs, savent très exactement où peut s'arrêter le pouvoir légitime de l'administration. De plus ils sont portés à administrer, en même temps qu'ils jugent, et la jurisprudence des juridictions administratives peut ainsi évoluer vers des solutions hardies et faire abandon de privilèges réservés à l'administration.

Tous ces arguments pratiques militent avec beaucoup de force en

faveur de l'institution de juridictions administratives indépendantes, mais aucun d'eux séparément, ni tous à la fois, n'auraient suffi à faire proclamer le principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives avec la netteté et la généralité qu'il possède dans notre droit.

Il a fallu pour cela un argument de portée générale, un motif d'ordre constitutionnel.

L'organisation des pouvoirs publics repose, en France, sur la distinction des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et, si l'organe législatif est incontestablement le pouvoir suprême, il n'en reste pas moins que toutes nos constitutions ont voulu réserver, dans les limites des lois, l'indépendance des pouvoirs exécutif et judiciaire et ont cherché à établir un certain équilibre de ces pouvoirs. Or, il est évident que cet équilibre serait rompu si, en face du pouvoir législatif, le pouvoir exécutif conservait un rôle si subalterne qu'il en fût ramené au rôle de simple agent du parlement.

C'est pourquoi nos constitutions ont donné au pouvoir exécutif la prérogative et prendre des décisions générales, des règlements, qui, dans le cadre tracé par les lois, laissent à l'administration une certaine autonomie de décision. C'est pour le même motif que le législateur a voulu que l'examen des actes du pouvoir exécutif ne fût pas remis à l'autorité judiciaire, ce qui aurait abouti à soumettre, dans la hiérarchie des pouvoirs, les administrateurs aux juges. Il a paru préférable, pour l'équilibre des pouvoirs et dans la crainte d'affaiblir l'exécutif, de n'imposer à l'administration que sa propre censure, en faisant juger ses actes contestés par des juridictions émanées d'elle-même et dont les décisions eussent un caractère à la fois judiciaire et administratif et, par conséquent, ne portant pas atteinte à l'autonomie du pouvoir exécutif.

Le fondement constitutionnel, qu'il convient, avant tout autre, d'assigner au principe de la séparation des pouvoirs est le seul qui explique la sévérité avec laquelle les textes de l'époque révolutionnaire prohibent les empiétements de l'ordre judiciaire sur les matières de la compétence administrative.

Conséquences du principe de la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs reposant sur ce fondement constitutionnel, les conséquences de ce principe devraient se déduire avec une extrême rigueur. Logiquement la séparation des autorités reposant sur des raisons d'ordre public devrait s'imposer strictement sans qu'aucune réserve

pût être admise qui en limitât la portée. A rester ainsi fidèle à l'esprit qui animait le législateur au moment où il édictait la séparation des pouvoirs, il résulterait de ce principe les effets suivants.

Lorsque un litige porté devant l'autorité judiciaire est de la compétence des juridictions administratives, le tribunal devrait toujours se *dessaisir* de ce litige qu'il n'est pas qualifié pour juger. La même abstention s'imposerait aux juridictions administratives saisies d'un procès ressortissant aux tribunaux ordinaires.

Et cette obligation de se dessaisir s'imposerait non seulement lorsqu'il s'agit d'une *contestation principale* soumise à un tribunal incompétent, mais elle s'étendrait, en outre, aux *questions préjudicielles* qui excéderaient les limites de la compétence de ce tribunal, bien qu'il fût compétemment saisi du fond du procès. Dans ce dernier cas, le juge devrait renvoyer cette question devant l'autorité qualifiée pour en connaître et surseoir à statuer jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision sur cet élément du litige.

Le principe de la séparation des pouvoirs ne comporte, en effet, aucune distinction entre un tribunal incompétent sur le fond d'un procès et celui dont l'incompétence ne porterait que sur des éléments incidents de la cause. Dans tous les cas, l'incompétence devrait être absolue (1).

Ainsi, on conteste devant un Conseil de Préfecture, ou devant le Conseil d'Etat en appel, la validité de l'élection d'un conseiller municipal, en arguant que le candidat proclamé élu était inéligible, parce qu'il n'était pas citoyen français. S'il y a vraiment doute sur la nationalité de l'individu, la juridiction administrative saisie devra surseoir à statuer et renvoyer cette question préjudicielle d'état devant les tribunaux judiciaires. De même si une question de propriété, de servitude de droit privé ou de prescription acquisitive était discutée devant une juridiction administrative à propos d'un litige de sa compétence, cette juridiction devrait surseoir à statuer et attendre la décision de l'autorité judiciaire

En revanche, si, au cours d'un procès en revendication porté devant un tribunal de l'ordre judiciaire, on soulève la question de la légalité d'un arrêté d'alignement, le tribunal saisi doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative compétente se soit prononcée sur ce point.

(1) Voir Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 27 et 28.

L'illégalité d'un acte administratif ne lui fait pas perdre son caractère administratif.

Les tribunaux judiciaires ne peuvent en effet se faire juges de la légalité d'un acte administratif.

L'illégalité d'un acte administratif ne suffit pas à lui faire perdre son caractère administratif, et, par conséquent, l'interprétation en reste toujours interdite aux tribunaux judiciaires. En règle générale, les vices dont un acte de puissance publique peut être entaché affectent la validité de l'acte sans en changer la nature. Un acte irrégulier est bien annulable, mais il n'est pas inexistant en tant qu'acte administratif parce qu'il émane d'un organe administratif et que, par sa nature même, cet acte ne rentre pas dans le cadre du droit privé.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'acte eût été pris par une personne sans aucun caractère administratif ou que l'acte, bien qu'émanant d'une autorité administrative, fût absolument en dehors de l'activité qu'il est concevable d'assigner à l'administration (1). En dehors des cas de faute délictuelle ou quasi-délictuelle de l'agent, ou d'actes pris sans aucune forme, qui n'ont même pas l'excuse d'une apparence administrative, ces voies de fait sont rares.

Il est vrai que M. Laferrière range dans les décisions prises par un administrateur et entachées de nullité au point de perdre leur caractère administratif un beaucoup plus grand nombre d'actes que ne le permet le critérium que nous adoptons.

Pour M. Laferrière, en effet, il suffit que l'autorité administrative sorte de la mission générale confiée à l'administration pour que son acte perde le caractère administratif. Et voici comment M. Laferrière définit cette mission.

Il se peut, remarque-t-il, que « l'administrateur sorte, non seulement de ses propres attributions, mais des attributions mêmes de l'autorité administrative. Si, par exemple, un administrateur confisquait une propriété, privait un citoyen de sa liberté, supprimait un journal, interdisait un commerce ou une industrie libres, le principe de la séparation des pouvoirs ne s'opposerait pas à ce que la partie lésée réclamât l'assistance des tribunaux judiciaires ; il exigerait, au contraire, que leur com-

(1) M. Hauriou se sert pour exprimer la même idée des expressions : voie de fait par manque de droit et voie de fait par manque de procédure. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 9e édit., p. 63.

pétence s'exerçât aussi librement que si la décision de l'administrateur n'existait pas. Cette décision, en effet, ne serait pas seulement susceptible d'annulation, elle serait inexistante en droit, puisqu'elle serait étrangère, par son objet même à l'exercice de la fonction administrative. Peu importerait alors que cette nullité radicale fût ou non proclamée par la juridiction administrative : les tribunaux pourraient la constater et passer outre. » (1)

Nous ne croyons pas qu'on puisse délimiter aussi strictement le rôle de l'administration. L'intervention croissante de l'Etat a fait pénétrer le droit administratif dans bien des domaines d'abord réservés au droit privé. C'est ainsi que les atteintes portées à la propriété privée ne sont plus seulement de la compétence judiciaire. Quand il s'agit des restrictions apportées au droit de propriété en matière de servitude d'occupation temporaire pour les travaux publics ou de l'application des lois sur les locaux insalubres, l'autorité judiciaire est dessaisie au profit des juridictions administratives. Il y a donc partage de compétence entre l'autorité judiciaire et la juridiction administrative en ce qui concerne l'exercice du droit de propriété. On pourrait faire la même démonstration en ce qui touche à la liberté du commerce, du travail et de l'industrie. On ne peut donc pas dire *a priori* qu'un acte administratif est nul radicalement, jusqu'à en perdre son caractère administratif, parce qu'il porte sur ces matières. L'administrateur, par suite du partage des compétences, a pu se tromper sur les limites de son activité sans commettre pour autant une faute lourde qui ferait de son acte une simple voie de fait. Le criterium de l'acte administratif inexistant qu'a adopté M. Laferrière ne nous semble donc plus exact, bien qu'il ait le mérite de permettre de justifier la jurisprudence extensive de l'exception d'illégalité, sans toucher, grâce à ce détour, à la rigueur du principe. Car dans la mesure où l'on admet que la nullité d'un acte administratif lui fait perdre son caractère administratif, on aboutit à la suppression du renvoi sans faire échec au principe de la séparation des pouvoirs.

L'exception d'illégalité.

Mais il n'en est plus de même dans une matière extrêmement importante où les tribunaux judiciaires n'hésitent pas à retenir l'examen d'actes, peut-être irréguliers, mais dont nul ne conteste le caractère

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, 2e édit.. p. 479 et 480.

administratif, et à se déclarer compétents pour en interpréter le sens ou pour en apprécier la validité : nous voulons parler de l'exception d'illégalité.

L'existence de l'exception d'illégalité est reconnue explicitement par un seul texte. C'est le paragraphe 15 de l'article 471 du Code pénal, paragraphe qui a été introduit par la loi de 1832.

Cet article se trouve au livre IV relatif aux contraventions de simple police. Il dispose que seront punis d'amende depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement, et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de trois jours au plus, « ceux qui auront contrevenu aux règlements *légalement* faits par l'autorité administrative ».

On a conclu, de l'emploi des mots « légalement faits », que le législateur avait voulu donner au juge de simple police, saisi d'une contravention à un règlement ou à un arrêté administratif, le droit d'examiner lui-même, avant de prononcer une condamnation, si le règlement ou l'arrêté était légal et, par conséquent, si la violation de cet acte administratif constituait bien un acte punissable passible des peines de simple police. Au lieu de renvoyer au Conseil d'Etat, par le recours en appréciation de validité, l'examen des dispositions du règlement ou de l'arrêté qui lui semblent entachées d'illégalité, le tribunal se fait, lui-même, juge de cette légalité ; au lieu de saisir le Conseil d'Etat, par le recours en interprétation, des dispositions d'un arrêté qui lui paraissent obscures, le juge décide lui-même du sens qu'il convient de donner à l'arrêté, car il est évident que si l'article 471 § 15 du Code pénal a conféré au juge le droit de trancher la question de la légalité de l'acte, il lui a donné *a fortiori* le droit de se prononcer sur toutes les autres questions moins graves d'interprétation qui n'impliquent pas celle de la légalité.

Ce pouvoir du juge est appelé exception d'illégalité parce que l'on peut exciper devant l'autorité judiciaire de la légalité de l'acte sans qu'il y ait lieu à renvoi devant une juridiction administrative.

On appelle encore cette dérogation au principe de la séparation des pouvoirs : le *recours incident*. En effet, la voie normale pour faire annuler un acte administratif illégal, c'est d'intenter devant le Conseil d'Etat un recours pour excès de pouvoir. Mais l'article 471 § 15 a ouvert aux plaideurs une voie indirecte qui leur permet, en ce qui concerne leur litige, et par voie d'exception, de contester la légalité de l'acte administratif qu'on leur oppose et de le faire écarter de leur espèce, s'il est reconnu illégal par le tribunal.

Il ne faudrait pas croire cependant que la question de l'exception d'illégalité ne déborde pas le cadre du Code pénal. La doctrine et la jurisprudence sont presque unanimes aujourd'hui à voir dans l'article 471 § 15 la confirmation d'une règle générale et implicite de notre droit, qui permettrait à l'autorité judiciaire de connaître, par voie incidente, de l'interprétation ou de l'appréciation de la légalité d'une large catégorie d'actes administratifs.

Tout l'intérêt de cette étude consiste à préciser à quels actes administratifs s'étend l'exception d'illégalité et à rechercher par quels arguments la doctrine et la jurisprudence ont cru pouvoir développer cette exception sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Mais avant d'aborder la question essentielle du domaine qu'il convient d'assigner à l'exception d'illégalité, nous croyons devoir exposer en quoi consiste l'exception d'illégalité, quels sont les traits caractéristiques de cette procédure, car cette étude soulève peu de controverses, qu'il s'agisse de délimiter les pouvoirs du juge à l'égard de l'acte administratif contesté ou de définir les effets de l'exception d'illégalité.

§ II. — Les caractères et les effets de l'exception d'illégalité.

Toutes les opinions s'accordent quand il ne s'agit que de décrire l'exception d'illégalité, de rechercher quelle est sa nature, quels sont les caractères de cet incident qui se place dans un procès, quels sont les pouvoirs du juge à l'égard de l'acte administratif dont la légalité est contestée et quels sont les effets de sa décision.

La constatation essentielle qui se dégage de l'étude de tous ces points, c'est que nous sommes ici en présence d'une extension exceptionnelle des pouvoirs ordinaires des tribunaux judiciaires. Il y a une ressemblance frappante entre les règles du recours en interprétation et du recours en appréciation de validité devant les juridictions administratives, et les principes sur lesquels les tribunaux judiciaires se fondent lorsqu'ils examinent eux-mêmes la légalité d'un acte administratif, ou lorsqu'ils en interprètent le sens. Aussi serait-on tenté de croire que, lorsque les tribunaux judiciaires se reconnaissent compétents pour apprécier la légalité des actes administratifs, ils limitent eux-mêmes

leurs pouvoirs à ceux qu'aurait eus la juridiction administrative de renvoi.

On pourra s'en convaincre si, avant d'examiner les caractères de l'exception d'illégalité, on se rappelle les règles du contentieux de l'interprétation devant les juridictions administratives.

Le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la validité devant la juridiction administrative.

Le contentieux de l'interprétation est porté devant la juridiction administrative sur renvoi d'un juge, saisi du fond d'un litige, alors qu'il n'a pas qualité pour interpréter ou pour apprécier la validité d'un acte administratif dont dépend la solution du procès.

Ainsi, lorsqu'à propos d'une question de propriété, la validité d'un arrêté d'alignement est contestée devant un tribunal ordinaire, ce tribunal doit surseoir à statuer sur le fond et prononcer le renvoi devant la juridiction administrative, seule compétente pour apprécier la régularité de cet acte administratif.

D'ailleurs l'autorité chargée d'interpréter est saisie de deux façons : ou sur la demande d'une des parties, ou d'office par le tribunal.

Quand la demande de renvoi émane d'une des parties, le juge est libre de surseoir à statuer ou de rejeter l'exception d'incompétence. S'il accorde le sursis, il impartit aux plaideurs un certain délai pour saisir la juridiction administrative de la question d'interprétation. Cette juridiction examinera si l'acte est clair ou obscur, s'il est légal ou non. Quand la question de légalité est posée, la juridiction administrative saisie doit toujours statuer. S'il s'agit d'une simple question d'interprétation d'un texte, la juridiction administrative devra donner l'interprétation demandée, si le renvoi émane du tribunal lui-même. Si, au contraire, le renvoi a été demandé par les parties, la juridiction administrative saisie pourrait déclarer qu'il n'y a pas lieu à statuer si l'acte était manifestement clair ; mais, en pratique, elle ne refuse jamais de donner l'interprétation qui lui est demandée.

Le recours en appréciation de validité une fois introduit, ses effets découlent de l'idée qu'il s'agit seulement de donner une interprétation d'un acte à propos d'un procès déterminé, que ce recours n'ouvre qu'une voie indirecte, et que la voie directe pour attaquer la validité d'un acte et en obtenir l'annulation, c'est le recours pour excès de pouvoir.

D'où l'habitude de définir les effets du recours en appréciation de validité en les comparant à ceux de recours pour excès de pouvoir.

A cet égard, si les cas d'ouverture (incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir, violation de la loi) sont les mêmes pour les deux recours, il faut cependant relever entre ceux-ci plusieurs différences essentielles.

Quant à leur nature, tout d'abord. Le recours pour excès de pouvoir est un recours intenté contre l'acte administratif pour le faire annuler ; le recours en appréciation de validité est introduit à propos d'un procès pour faire simplement constater l'illégalité de l'acte administratif qui subsiste néanmoins.

Le recours pour excès de pouvoir est un recours objectif, qui est ouvert largement à toutes les parties ayant un intérêt à l'annulation de l'acte; le recours en appréciation de validité est un recours subjectif, ouvert seulement aux parties au procès.

Quant aux règles de procédure, la différence essentielle entre les deux recours consiste en ce que le délai de deux mois, après lequel le recours pour excès ne pouvoir de peut plus être introduit, ne s'applique pas au recours en appréciation de validité, qui reste toujours ouvert. Mais ces deux recours sont également dispensés du ministère d'avocat et introduits au moyen d'une reqnête enregistrée en débet (1).

En ce qui concerne les effets, le recours pour excès de pouvoir agit *erga omnes*, il annule l'acte attaqué ; tandis que le recours en appréciation de validité laisse subsister l'acte et constate seulement son illégalité *inter partes* et pour la solution du litige en cours.

Nature juridique de l'exception d'illégalité

La plupart de ces caractères du recours en appréciation de validité se retrouvent dans l'exception d'illégalité. Dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit, en effet, d'aboutir à une décision qui n'est qu'une partie d'un jugement.

Ainsi que l'a exposé M. Duguit, l'acte juridictionnel est un acte complexe qui comprend deux éléments :

(1) Cons d'Etat, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, S. 1924, IV, 41, et la note de M. Hauriou. A notre avis, cet arrêt dispense tous les recours en appréciation de validité du ministère d'avocat et des frais d'enregistrement, quelle que soit d'ailleurs la juridiction qui ait ordonné le renvoi, car les recours tendent tous à une censure de décision exécutoire en se plaçant au point de vue de la légalité, comme dans l'arrêt précité.

1° Un acte d'investigation et d'intelligence du juge, qui examine les points de droit du litige. Ce sont les motifs du jugement.

2° Un acte de décision et de volonté, qui ordonne des mesures et les rend exécutoires. C'est le *dispositif* du jugement.

Ces deux actes sont liés comme les parties d'un syllogisme et font l'originalité de l'acte juridictionnel. Ils permettent, par exemple, de le distinguer de l'acte administratif, qui a bien une partie impérative, mais ne fait pas nécessairement connaître les prémisses rationnelles de sa décision (1).

Parfois, pour motiver un jugement, il faut résoudre, auparavant, des points de droit accessoires qui importent pour la solution du procès. Tel est le cas, lorsque l'interprétation d'un acte administratif est soulevée au cours d'un procès devant les tribunaux ordinaires. Ainsi, pour juger si un prévenu est coupable d'une contravention, la question peut se poser de savoir, au préalable, si le règlement violé est légalement pris.

Or, que cette interprétation soit donnée sans renvoi par le tribunal saisi, — cas de l'exception d'illégalité, — ou qu'elle soit donnée par la juridiction administrative après renvoi par l'autorité judiciaire, — cas du recours en appréciation de validité, — nous nous trouvons toujours en présence d'un même problème juridique : d'une question préalable, que le juge doit trancher lui-même ou faire trancher par la juridiction compétente, afin de pouvoir ensuite fonder son *dispositif* sur la solution qu'il a ainsi obtenue.

On comprend donc que les règles de l'exception d'illégalité et du recours en appréciation de validité aient de nombreuses ressemblances. On pourrait dire que lorsque les tribunaux judiciaires apprécient eux-mêmes la validité des actes administratifs, c'est la compétence qui est changée, non les règles intrinsèques du recours.

Comparaison de l'exception d'illégalité et du recours pour excès de pouvoir.

Si nous comparons le recours pour excès de pouvoir et l'exception d'illégalité, nous trouverons que, comme lorsqu'il s'agissait du recours en appréciation de validité, les cas d'ouverture du recours pour excès de

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p. 923, 308 et suiv.

pouvoir et de l'exception d'illégalité sont les mêmes, mais que la nature de ces deux recours et leurs effets sont très différents.

Le recours pour excès de pouvoir est une action directe, ouverte contre un acte administratif, afin d'obtenir son annulation. C'est la voie principale, le moyen normal de contester la légalité d'un acte administratif irrégulier. L'exception d'illégalité, au contraire, n'est pas une voie indépendante, elle n'est qu'un incident d'un procès principal déjà pendant, au cours duquel est mise en question la légalité d'un arrêté ou d'un règlement. C'est une voie indirecte et détournée qui ne se conçoit que comme prenant naissance dans une voie antérieurement ouverte, — l'instance principale, — et comme devant d'ailleurs y ramener.

Mais cette différence, quant à la nature des deux recours, n'en laisse pas moins subsister entre eux une similitude essentielle tenant au but qu'ils veulent atteindre et qui consiste à constater qu'un acte administratif est entaché d'illégalité. Nous verrons, par la suite, que l'effet de cette constatation est plus ou moins grand suivant qu'il s'agit de l'un ou de l'autre recours ; que tantôt l'acte est radicalement supprimé, tantôt son application simplement paralysée et ses effets écartés à propos d'une instance déterminée. Mais, dans les deux cas, il s'agit, avant tout, d'apprécier un acte du point de vue de sa légalité.

Il est procédé à cet examen de la même manière, qu'il s'agisse du recours pour excès de pouvoir ou de l'exception d'illégalité, car il n'y a pas plusieurs moyens de déceler l'existence de l'illégalité.

Les cas d'ouverture de l'exception d'illégalité sont donc les mêmes que ceux du recours pour excès de pouvoir. L'exception d'illégalité n'a aucune originalité sur ce point, et c'est au recours pour excès de pouvoir qu'il faut se reporter.

Vices des actes administratifs à l'occasion desquels l'exception d'illégalité peut être soulevée.

Comme pour le recours pour excès de pouvoir, il existe quatre cas d'ouverture de l'exception d'illégalité :

1° L'incompétence ;
2° Le vice de forme ;
3° La violation de la loi ;
4° Le détournement de pouvoir.

Alors que l'exception d'illégalité fut toujours admise par les tribunaux

judiciaires contre les actes attaqués pour les motifs d'incompétence, de vice de forme et de violation de la loi, les juges la rejetèrent tout d'abord quand elle était fondée sur le détournement de pouvoir. Ce cas d'ouverture demande donc quelques éclaircissements.

La théorie du détournement de pouvoir, développée par le Conseil d'Etat à la suite du décret du 2 novembre 1864, affranchissant le recours pour excès de pouvoir de tous frais autres que ceux de timbre et d'enregistrement, fit prendre rapidement une nouvelle extension au recours en annulation. Mais elle n'eut pas le même effet à l'égard de l'exception d'illégalité.

M. Laferrière, par exemple, soutenait que le Conseil d'Etat pouvait seul examiner si un acte administratif est entaché de détournement de pouvoir (1).

La Cour de Cassation a d'abord refusé de rechercher si un acte pouvait renfermer un détournement de pouvoir. Elle voyait là un vice que seules les juridictions administratives pouvaient apprécier parce que, d'après elle, les tribunaux judiciaires n'auraient pu examiner cette question sans juger de l'opportunité des mesures prises par l'administration, et que, sous prétexte de juger de la légalité des actes administratifs, les juges se seraient immiscés dans l'administration et auraient violé la séparation des pouvoirs.

Rien cependant n'est moins exact. Le détournement de pouvoir ne porte pas sur la question d'opportunité, mais bien sur la question de légalité. Il est vrai que cette illégalité n'est pas dans la forme de l'acte, ni dans l'incompétence de l'administrateur, ni dans une violation de la loi ; mais elle réside dans la violation de l'esprit de la loi, ce qui constitue cependant une incompétence caractérisée, puisque les pouvoirs du fonctionnaire, auteur de l'acte attaqué, ne lui ont été donnés qu'afin d'en user suivant le but de la loi.

Ainsi une loi confère au maire des pouvoirs de police, afin d'assurer la sécurité, l'ordre et la tranquillité publiques. S'il en use pour établir un impôt déguisé, il commet une illégalité flagrante, qui vicie l'acte aussi profondément que s'il avait agi sans compétence. On ne se trouve nullement ici dans le domaine de l'opportunité, c'est-à dire de mesures régulièrement prises, qui peuvent être des actes d'administration mauvaise, imprudente ou imprévoyante, mais qui n'enfreignent aucune loi,

(1) Laferrière, *Traité de la jurisp. adm.*, t. II, p. 492 et suiv.

comme serait le cas d'un Conseil municipal, prodigue des deniers publics, qui, sans excéder les limites de ses attributions, grèverait lourdement le budget des dépenses de la commune et surchargerait d'impôts les habitants.

Les tribunaux se rendirent à ces critiques et admirent que, par la voie de l'exception d'illégalité, on pût contester la validité d'un acte entaché de détournement de pouvoir. La jurisprudence de la Cour de Cassation est fixée sur ce point depuis 1880 (1), La Cour suprême se sert, pour motiver ses arrêts, des expressions mêmes que le Conseil d'Etat emploie pour prononcer l'annulation d'un acte entaché de détournement de pouvoir : « Attendu que l'administration a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel la loi les lui avait conférés » (2).

Cependant, malgré cette jurisprudence, il est arrivé fréquemment, surtout en matière cultuelle (3), que des juges de paix, saisis de la question de la légalité d'un arrêté de police, entaché de détournement de pouvoir, n'ont pas cru devoir apprécier cette question, et l'ont renvoyée au Conseil d'Etat par la voie du recours en appréciation de validité. Le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent, estimant, sans doute, que son caractère de juge de droit commun en matière administrative lui permet de se saisir de tous les litiges de droit public qui lui sont déférés.

C'est ainsi qu'au sujet d'infractions à la police des cultes, le Conseil d'Etat a déclaré recevables les demandes d'interprétation ou d'appréciation de validité d'arrêtés municipaux qui lui furent déférés, après que le tribunal de simple police eût sursi à statuer pour lui permettre de rendre sa décision interprétative (4).

(1) Voir Ebren, *Théorie du détournement de pouvoir*, thèse, Lyon, 1901 ; Arthur, *La question des pouvoirs et des fonctions*, *Revue de droit public*, 1903, p. 475 à 494. Consulter aussi les arrêts plus récents : Cass. 7 février 1903 ; D. 1903.I.104 ; 18 janvier 1906 ; D. 1906.I.488 ; S. 1906.I.112.

(2) Cass., 27 juillet 1893, D. 94.I.197.

(3) Cass. crim., 3 mai 1912, S. 1914.I.420, et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Saint-Paul, sous-cons. d'Etat, 19 mars 1909, S. 1909, III. 99.

(4) Cons. d'Etat, 19 mars 1909, *Abbé Deguille*, S. 1909, III, 99, avec les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Saint- aul. Voir aussi la note sur l'arrêt du 3 mai 1911, S. 1912.I.420 ; Cons. d'Etat, 2 août 1907, *Abbé Garcin*, Recueil, p. 755 et S., 1909, III, 1, avec la note de M. Hauriou. Voir aussi Cons. d'Etat, 10 novembre 1906, Recu il, p. 803. *Sajog du Vauroux*, et Cons. d'Etat, 19 janvier 1906 (décret) ; *Epoux Verger*, Rec., p. 1000 et S., 1908, III, 19. *Abbé Gauthier*, Cons. d'Etat, 16 mars 1923, S. 1924, IV, 41, avec la note de M. Hauriou.

Mais on pourrait soutenir que ces exemples, tirés des matières cultuelles, sont exceptionnels, car ce recours en appréciation de validité ne fait ici que remplacer le recours pour abus qui permettait aux ministres des cultes, avant la loi du 9 décembre 1905, d'attaquer les règlements de police illégaux.

Aussi est-il intéressant de faire remarquer que le Conseil d'Etat n'a pas hésité à apprécier la validité des arrêtés de police ordinaires, quand l'occasion s'est présentée à lui de l'examiner sur renvoi d'un tribunal de simple police (1).

Mais, tandis que les tribunaux judiciaires hésitent à se reconnaître compétents pour apprécier certains actes administratifs, en revanche, la jurisprudence est parvenue à préciser exactement quels sont les pouvoirs du juge à l'égard de l'acte administratif quand le tribunal a admis l'exception d'illégalité.

Pouvoirs du juge.

Ces pouvoirs se résument dans deux idées très simples :

1° Le juge de l'exception d'illégalité n'est compétent pour examiner la légalité d'un acte administratif que par une exception au principe de la séparation des pouvoirs, exception qui est strictement restreinte aux besoins de l'instance principale en cours. Le juge n'est saisi, en effet, de la question de la régularité de l'acte qu'à propos d'un procès déterminé, et dans la mesure seulement où il est nécessaire de donner une interprétation de l'acte ou d'apprécier sa validité pour donner une solution au litige pendant (Cass. crim., 2 mai 1896, S. 96.I.476.)

2° Le juge de l'exception d'illégalité doit se borner à constater la légalité ou l'illégalité de l'acte administratif contesté. Toute autre initiative prise par lui constituerait un empiétement sur les fonctions administratives.

C'est ainsi qu'il a été jugé à maintes reprises que le tribunal saisi de l'exception d'illégalité ne peut examiner la question de l'opportunité de l'acte administratif, ni écarter l'application de la décision administrative en se livrant à des appréciations qui regardent les administrateurs et

(1) Cons. d'Etat, 29 octobre 1914, *Desruelles et Caisne*, Rec., p. 1021 et D., 1920, III, 8, Voir aussi Cons. d'Etat, 23 mars 1923 (deux arrêts), *Documentation catholique*, n° du 5 mai 1923, p. 1141 et 1142.

Ces arrêts sont conformes à la doctrine que M. Laferrière a soutenue au tome I de la *Juridiction administrative*, p. 501 et 502 de la 2e édition.

non les juges, telles que celles qui porteraient sur les inconvénients et les difficultés de l'exécution de la décision administrative (Cass., 29 juillet 1893, S. 93.I.491), sur l'inutilité pratique des mesures règlementaires (Cass., 25 novembre 1882, S. 84.I.455), l'excès de rigueur du règlement (Cass., 20 octobre 1893, S. 94.I.63), sa non conformité avec la civilisation française (Cass., 11 janvier 1878, S. 79.I.332), sur l'existence d'un usage contraire à l'arrêté (Cass., 7 décembre 1865, S. 66.I.266). Le tribunal ne doit pas davantage admettre des excuses provenant de la tolérance de l'administration (Cass., 26 novembre 1892, S. 93.I.111), de la bonne foi ou de l'ignorance du prévenu (Cass., 17 novembre 1881, S. 84.I.95 ; Cass., 9 novembre 1878, S. 79.I.46), du fait par le délinquant de s'être conformé au règlement avant de comparaître à l'audience (Cass., 14 mars 1833, S. 33.I 488), ou du peu de gravité des conséquences de l'infraction (Cass., 13 juillet 1850, S. 50.I,757).

Enfin le juge ne saurait, alors que le règlement ne le prévoit pas, prononcer un sursis à l'exécution de la condamnation afin de permettre au prévenu de se conformer au règlement (Cass., 18 décembre 1840, S. 42.I.139 et 42). (1).

Effets de l'exception d'illégalité.

A la différence du recours pour excès de pouvoir qui agit *erga omnes*, les effets de l'exception d'illégalité sont très strictement limités.

Le recours pour excès de pouvoir, quand il n'est pas rejeté, a toujours pour résultat de faire disparaître l'acte attaqué. L'exception d'illégalité, au contraire, parce qu'elle n'est pas un recours dirigé contre l'acte, mais un simple incident dans un procès principal, tend seulement à faire constater l'illégalité de l'acte, qui demeure, quoique ses effets soient paralysés en ce qui concerne l'instance en cours.

L'exception d'illégalité n'étant qu'une décision accessoire, prise à propos d'un autre litige, la constatation de l'illégalité de l'acte qui s'y trouve incluse n'a de valeur qu'*inter partes* et dans le procès en question. Le recours pour excès de pouvoir, au contraire, lorsqu'il aboutit à l'annulation de l'acte, produit effet à l'égard de tous.

L'illégalité d'un acte peut être indéfinitivement soulevée par la voie indirecte de l'exception d'illégalité. A l'inverse, le recours pour excès de

(1) Consulter sur tous ces points la thèse de M. Rives.

pouvoir doit être intenté dans les deux mois de la publication de l'acte contesté.

Cas où l'exception d'illégalité est introduite en même temps que le recours pour excès de pouvoir, ou le recours gracieux, ou le recours hiérarchique.

L'exception d'illégalité, simple entrave à l'exécution d'un acte illégal, est toute différente du recours pour excès de pouvoir ou du recours hiérarchique, qui tendent à faire annuler l'acte attaqué, ou du recours gracieux, qui cherche à le faire rapporter.

Aussi ces voies de droit sont-elles entièrement indépendantes et peuvent-elles être mises en mouvement aussi bien ensemble qu'isolément.

Il a été jugé que le tribunal, saisi d'une exception d'illégalité contre un acte administratif, n'a pas à surseoir à statuer, sous prétexte qu'un recours pour excès de pouvoir a été intenté contre le même acte devant le Conseil d'Etat, ni parce qu'un recours gracieux a été formé devant l'auteur de l'acte, ou que l'autorité hiérarchique a été saisie d'un recours hiérarchique (Cass., 1er avril 1841, S. 42.I.54 ; 7 décembre 1861, D. 62.V. 275). (1).

1re hypothèse. — *L'exception d'illégalité est soulevée et les recours sont intentés simultanément.*

Dans ces différents cas : 1° Ou bien le tribunal judiciaire aura statué sur la question de l'exception d'illégalité avant que le Conseil d'Etat ait rendu son arrêt, ou que les recours gracieux ou hiérarchique aient été examinés ; 2° ou bien le Conseil d'Etat a statué avant que le tribunal saisi de l'exception d'illégalité ait rendu son jugement.

Dans la première alternative, la solution adoptée par le tribunal ne lie pas le Conseil d'Etat, ni l'autorité administrative. Ceux-ci peuvent donc maintenir l'acte et le déclarer légalement fait, bien que le tribunal ait admis son illégalité, ou ils peuvent, au contraire, annuler ou rapporter l'acte que le tribunal ordinaire aurait déclaré régulier.

Dans la seconde alternative, les recours ont été jugés avant que le tribunal ait statué sur l'exception d'illégalité. Il est évident que le juge devra s'inquiéter de savoir si l'acte administratif, base des poursuites, a cessé ou non d'exister.

Supposons que le Conseil d'Etat ait déclaré l'acte légal, le tribunal judi-

(1) Consulter sur ce point la thèse de M. Rives.

ciaire n'est pas lié par cette décision et il peut refuser d'appliquer l'acte s'il le juge illégal.

Supposons que le Conseil d'Etat ait annulé l'acte. — Dans ce cas, l'acte est réputé n'avoir pas existé, par suite de l'effet rétroactif de l'annulation. Il faut envisager deux situations :

Ou la condamnation n'est pas encore prononcée quand intervient l'annulation. — Les poursuites tombent faute d'objet.

Ou la condamnation a été prononcée, mais elle est déférée à la Cour de Cassation. La Cour suprême doit vérifier la régularité de la décision au jour où la sentence a été rendue. Elle ne peut donc casser le jugement et l'acte annnulé produira des effets pénaux à moins que le prévenu n'ait invoqué l'exception d'illégalité pour éviter la condamnation.

2e hypothèse. — *L'exception d'illégalité est soulevée et les recours sont intentés successivement.*

Une question intéressante se pose alors lorsque l'exception d'illégalité est intentée avant le recours pour excès de pouvoir. On peut se demander, en effet, si cette exception ne fermera pas la voie du recours pour excès de pouvoir.

Pour limiter les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir et empêcher que des litiges qui ressortiraient normalement, soit au plein contentieux administratif (devant le Conseil de préfecture ou devant le Conseil d'Etat), soit à la compétence des tribunaux ordinaires, fussent déférés au Conseil d'Etat par la voie du recours en annulation, et que l'ordre des compétences fût bouleversé, le Conseil d'Etat refuse de déclarer recevable un recours pour excès de pouvoir lorsqu'une autre voie de droit est ouverte à l'intéressé qui lui procurera une satisfaction de même nature que le recours en annulation.

Cette fin de non recevoir, qui fait du recours pour excès de pouvoir une voie exceptionnelle, est connue sous le nom de fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle.

Dans notre cas, la question se pose de savoir si l'exception d'illégalité peut être considérée comme une voie de droit équivalant au recours pour excès de pouvoir, si ce sont bien deux procédures donnant au justiciable les mêmes satisfactions.

Le Conseil d'Etat a décidé avec raison que ces deux moyens de mettre en question la légalité d'un acte n'étaient pas comparables. L'un est une simple exception, qui paralyse seulement l'application d'un acte, sans

toucher à son existence, l'autre est une action qui aboutit à l'annulation de l'acte *erga omnes*. Celui qui a soulevé l'exception d'illégalité à propos d'un acte administratif a donc le plus grand intérêt à pouvoir intenter aussi un recours pour excès de pouvoir. C'est pourquoi le Conseil d'Etat n'admet pas que le fait qu'un acte est l'objet d'une exception d'illégalité puisse être considéré comme une fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle et il examine au fond le recours en annulation.

Chapitre II. — Fondement et domaine de l'exception d'illégalité.

§ I. — Quand un acte a-t-il le caractère d'acte administratif?

Les décrets-lois. — Les actes du gouvernement. — Les actes du pouvoir exécutif en temps de crise. — Les actes législatifs.

*
* *

§ II. — Aperçu historique de la jurisprudence sur la question de l'exception d'illégalité.

1re période : de 1791 à la promulgation du Code civil. — 2e période : de la promulgation du Code civil à la réforme du Code pénal de 1832. — 3e période : de 1832 à 1872. — 4e période : de 1872 à 1923. — 5e période : depuis les arrêts du tribunal des conflits du 16 juin 1923.

*
* *

§ III. — Examen des théories qui cherchent à déterminer le domaine de l'exceptoin d'illégalité.

1° Théorie intensive de l'exception d'illégalité ; 2° théorie restrictive de l'exception d'illégalité ; 3° moyen terme entre les deux théories extrêmes.

Nous avons tenu à exposer, au début de cette étude, le principe de la séparation des pouvoirs, nous réservant de rechercher quel domaine reste ouvert à l'exception d'illégalité, dont nous venons de définir le caractère et les effets. Nous connaissons maintenant, d'une part les lois qui ont posé la séparation des autorités judiciaire et administrative, et d'autre part l'exception par laquelle le juge ordinaire peut, malgré la règle générale qui lui interdit de connaître des actes administratifs, s'instituer par une décision accessoire à un procès principal le juge de la validité de ces actes. Il nous reste à examiner dans quelle mesure la règle de la séparation des pouvoirs est atteinte par l'exception, quelles limites exactes il convient d'assigner à chacune d'entre elles, s'il est possible d'étendre le domaine de l'exception d'illégalité et, partant, d'atténuer la rigueur du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives.

Mais avant d'aborder la question de savoir dans quelle mesure les tribunaux ordinaires peuvent connaître, par voie d'exception, de la légalité des actes administratifs, tout en respectant la séparation des pouvoirs, on conçoit qu'il faille chercher à préciser quels sont les actes qui ont le caractère administratif et ceux qui n'ont pas ce caractère, bien que certaines ressemblances puissent les faire confondre.

§ I. — Quand un acte a-t-il le caractère d'acte administratif ?

En général on définit l'acte administratif, un acte qui émane d'une autorité administrative, agissant en tant que telle, et qui s'oppose par là-même aussi bien aux actes législatifs qu'aux décrets-lois et aux actes de gouvernement.

Au surplus, il n'y a pas lieu de rechercher si l'acte administratif ainsi défini renferme ou non des vices qui le rendent annulable, car la nullité entachant l'acte administratif ne lui fait pas, en principe, perdre, pour autant, son caractère administratif (1).

(1) Voir *Supra*, chapitre I[er], pages 16 et suiv.

1° Les décrets-lois.

Les décrets-lois sont les actes pris par le gouvernement en temps de crise lorsqu'il cumule en ses mains les pouvoirs exécutif et législatif. C'est ainsi que sont des décrets-lois, les décrets du Prince Napoléon entre le 2 décembre 1851 et le 29 mars 1852, les décrets pris par le gouvernement de la Défense Nationale entre le 4 septembre 1870 et le 12 février 1871. De même les actes du pouvoir exécutif sous le Premier Empire, lorsqu'ils ont été pris sur des matières où une loi aurait dû intervenir. Ces actes pouvaient être déclarés inconstitutionnels par le Sénat dans le délai de dix jours. Quand le Sénat n'usa pas de ce pouvoir, ces décrets ne sont plus susceptibles d'aucun recours. Ils sont donc comme des lois.

Les décrets-lois ne donnent pas lieu à une théorie originale en matière d'exception d'illégalité. On se trouve en présence d'actes législatifs. La question de leur légalité ne saurait donc être posée devant les tribunaux que dans la mesure où elle est admise pour les actes législatifs ordinaires que nous examinerons ci-après :

2° Les actes de gouvernement

Les actes de gouvernement sont des actes qui émanent du pouvoir exécutif, mais qui, par leur nature, ne sont pas des actes administratifs. La caractéristique de ces actes, c'est que leur légalité ne peut être contestée et qu'ils ne sont susceptibles d'aucun recours. Toutefois, quand il s'agit de déterminer quels sont les actes de gouvernement, une grave difficulté vient de ce que les autorités qui détiennent le pouvoir exécutif sont, en même temps, des autorités administratives. Comment savoir si c'est en vertu de l'une ou de l'autre de leurs prérogatives qu'elles ont pris telle ou telle décision ?

On a cherché longtemps à caractériser ces actes par leurs mobiles. On disait que les actes de gouvernement étaient ceux qui étaient pris dans un dessein de police politique et de haute administration. Cette théorie donna naissance à des abus, notamment sous le Second Empire, où l'on vit le gouvernement essayer de soustraire aux recours contentieux des actes administratifs en les qualifiant d'actes de gouvernement.

Dans le dessein d'éviter l'arbitraire, on a proposé un autre criterium, tiré de la forme de l'acte. D'après cette théorie, les actes de gouvernement se reconnaîtraient, suivant les uns, à ce qu'ils auraient été approuvés

par un vote des Chambres ; suivant les autres, à ce qu'ils auraient été pris en Conseil des ministres.

La loi du 24 mai 1872, qui a conservé la catégorie des actes de gouvernement, a prévu, dans son article 26, que le pouvoir exécutif peut revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux du Conseil d'Etat et qui n'appartiennent pas au contentieux administratif. Ce texte étant muet sur la nature de l'acte de gouvernement, la jurisprudence a cherché à la définir. Elle a écarté la théorie du mobile politique, trop dangereuse et trop imprécise. Elle n'a pas davantage retenu le criterium tiré de la forme de l'acte, dictée par des considérations politiques, non par la nature juridique de l'acte. Se bornant à faire œuvre pratique, elle a simplement dressé une liste très réduite des actes auxquels elle reconnaît le caractère d'actes de gouvernement. Ce sont :

1° Les rapports diplomatiques du gouvernement avec les Etats étrangers, les conventions, les traités ;

2° Les actes du gouvernement dans ses rapports avec les Chambres : convocation, ajournement, prorogation, dissolution. La convocation des électeurs par décret est aussi considérée comme un acte de gouvernement. De même le décret de promulgation d'une loi n'est pas susceptible de recours contentieux.

En revanche, on a qualifié longtemps à tort d'actes de gouvernement ceux qui, étant normalement réservés au pouvoir législatif, sont pris exceptionnellement par le pouvoir exécutif (1). On soutenait que ces décrets ne pouvaient être attaqués par la voie contentieuse, parce qu'ils remplaçaient des lois. Le Conseil d'Etat s'est récemment prononcé contre cette théorie. La loi du 10 février 1918 avait autorisé la réquisition de la marine marchande par décret soumis à la ratification des Chambres. Le décret du 15 février 1918, pris en vertu de cette loi, fut attaqué devant le Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir. On n'opposa pas de fin de non recevoir à l'admission du recours, sur lequel il fut statué au fond, avant que la ratification législative fut intervenue (arrêt du 3 août 1918 : *Compagnie des Chargeurs d'Extrême-Orient*, *Rec.*, p. 815). Ce décret n'était donc qu'un simple acte administratif.

(1) Ce sont, par exemple, les représailles douanières, par décret (loi du 11 janvier 1891, article 8) ; l'application par décret des projets de relèvement des tarifs douaniers (loi du 13 décembre 1897, dite loi du cadenas) ; la déclaration de l'état de siège par décret en l'absence des Chambres (lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878) ; la prohibition de l'entrée des marchandises ou le relèvement des droits de douane par décret (loi du 6 mai 1916).

3° Les actes du pouvoir exécutif en temps de guerre.

En temps de guerre, le gouvernement est obligé de pourvoir à des nécessités urgentes par des actes qui, en temps normal, auraient dû être pris par le Parlement.

Il serait inexact de dire que ces actes du pouvoir exécutif en temps de crise sont, ou des actes législatifs, ou des actes de gouvernement, c'est-à-dire, dans les deux cas, des actes non susceptibles de recours contentieux.

Le Conseil d'Etat a jugé, à maintes reprises, que les actes du gouvernement pendant la guerre restaient des actes administratifs (1). Il n'a opposé aucune fin de non recevoir aux nombreux recours en annulation qui lui ont été soumis. Toutefois, il a généralement rejeté au fond ces recours, considérant que le gouvernement n'avait pas excédé ses pouvoirs, qui se trouvaient élargis du fait des circonstances et des besoins auxquels le pouvoir exécutif devait, d'urgence, pourvoir (2).

La Cour de Cassation a statué dans le même sens à l'égard de règlements et arrêtés pris pendant la guerre par l'autorité administrative et assortis des peines de simple police, quand l'illégalité de ces règlements était opposée devant les tribunaux judiciaires.

Le Tribunal des conflits a rendu cependant, le 29 juillet 1916 (3), une décision bizarrement motivée, retirant aux tribunaux judiciaires le droit d'apprécier la légalité d'un acte administratif, ayant « pour objet de pourvoir, dans des *circonstances exceptionnelles résultant de l'état de guerre*, aux besoins de la défense nationale ». Cet arrêt semblait créer une catégorie des « actes du temps de guerre », à mi-chemin entre les actes administratifs ordinaires et les actes de gouvernement, dont la légalité pourrait être contestée uniquement devant les juridictions administratives et non devant les tribunaux ordinaires par la voie de l'exception d'illégalité.

En réalité, l'arrêt du 29 juillet 1916 n'avait pas une telle portée. Il s'agissait, dans l'espèce, d'apprécier la légalité d'un arrêté du ministre de la guerre, pris en vertu de ses pouvoirs sur les réseaux en temps de

(1) Quelques arrêts en sens contraire sont restés isolés (Conseil d'Etat, 4 janvier 1918, Gratry, *Rec.*, p. 5).

(2) En ce sens (Conseil d'État, 30 juillet 1915, général Verire. *Rec.*, p. 257 ; 6 août 1915, Léraillé, *Rec.*, p. 288 : 28 février 1919, Dolle et Laurent, *Rec.*, p. 208 ; 28 juin 1919, Bouquet, *Rec.*, p. 587 ; 9 janvier 1920, Musart, *Rec.*, p. 12).

(3) Tribunal des conflits, 29 juillet 1916, Vion et fils contre Compagnie des Chemins de fer du Nord, *Rec.*, p. 338 et S., 1917.III.1.

guerre (1), et qui n'autorisait la reprise des transports commerciaux que sous la condition expresse qu'aucune responsabilité ni garantie n'en pourrait résulter pour le transporteur. La décision du ministre de la guerre, dont la légalité avait été ainsi contestée devant le Tribunal de commerce, ne rentrait pas dans les arrêtés assortis des peines de simple police de l'article 471 § 15, dont le juge de paix peut apprécier la légalité.

La question qui était soumise au Tribunal des conflits était donc celle de savoir si l'exception d'illégalité doit être enfermée dans les termes de l'art. 471 § 15 du Code pénal et admise seulement devant les juridictions pénales, ou si, au contraire, les juridictions civiles ou commerciales peuvent, elles aussi, apprécier, sans renvoi devant la juridiction administrative, la légalité d'actes administratifs.

C'est, en réalité, contre cette extension de l'exception d'illégalité, que le Tribunal des conflits s'est prononcé par cet arrêt, en termes d'ailleurs embarrassés, et nous ne croyons pas qu'il ait voulu créer, comme on le soutint, « une catégorie spéciale d'actes d'état de guerre » (2). Il adoptait seulement l'interprétation restrictive de l'article 471 § 15 du Code pénal, et s'efforçait d'imposer aux tribunaux civils et de commerce le renvoi devant le Conseil d'Etat pour interprétation ou appréciation de validité.

4° Les actes législatifs.

Il semble que les actes législatifs, — les décrets-lois exceptés, — ne devraient pas être rangés parmi ceux que l'on peut craindre de voir confondre avec des actes administratifs, car l'organe législatif, le Parlement, est absolument différent des organes exécutifs. Or, c'est d'après l'autorité dont ils émanent que la loi constitutionnelle du 25 février 1875 a établi la distinction entre les actes législatif et exécutif. L'article 1^er^ de cette loi s'exprime ainsi : « Le pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées : la Chambre des députés et le Sénat », et l'article 3 déclare que le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois. Il s'ensuit que la loi ne peut résulter que de la volonté concordante des deux Chambres, tandis que le pouvoir exécutif est aux mains du chef de l'Etat et de ses agents. Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont donc nettement séparés et leurs actes tout à fait distincts.

(1) Voir la loi du 28 décembre 1888 et le décret du 8 décembre 1913).
(2) Voir S. 1917, III, p. 1, note de M. Hauriou.

Pourtant les plus graves difficultés s'élèvent sur le point de savoir si certains actes qui n'émanent pas du Parlement, et sont pris par le pouvoir exécutif, n'ont pas cependant, dans une certaine mesure, et spécialement par rapport à l'exception d'illégalité soulevée devant les tribunaux ordinaires, le caractère d'actes législatifs.

Nous ne voulons pas parler des règlements d'administration publique, pour lesquels la question est tranchée depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 1907 (1), *Chemin de fer de l'Est et autres.*

On donne le nom de règlement d'administration publique à ceux qui sont pris par le chef de l'Etat, après avis du Conseil d'Etat, afin de compléter une loi, et conformément aux termes mêmes de la loi qui a prévu expressément qu'un règlement viendrait déterminer les conditions de son application. Jusqu'en 1907, la jurisprudence avait considéré que le législateur, en faisant ainsi appel au pouvoir exécutif pour compléter la loi, lui déléguait en même temps une partie de son pouvoir législatif, et que, dès lors, le règlement d'administration publique, pris en vertu de cette délégation, ne pouvait pas plus être attaqué par la voie contentieuse que la loi qui l'avait prévu et avec laquelle il s'incorporait totalement.

Cette jurisprudence est désormais abandonnée. La théorie de la délégation législative ne repose, en effet, sur aucun texte, et les règlements d'administration publique doivent être considérés comme des actes participant du caractère administratif de l'autorité dont ils émanent. Depuis l'arrêt de 1907, il n'est plus contesté qu'en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, le criterium des actes administratifs susceptibles d'être attaqués devant le Conseil d'Etat se trouve dans leur origine et leur caractère formel.

Mais il ne faudrait pas en conclure que ce criterium des actes administratifs est admis également pour l'exception d'illégalité, bien que celle-ci ait existé contre les règlements d'administration publique quand le recours direct en annulation n'était pas encore ouvert contre eux (2).

Une théorie qui, de la doctrine a passé dans la jurisprudence, et à laquelle M. Duguit a donné, en France, l'expression la plus originale (3),

(1) S. 1908. III. 1.

(2) Trib. des conflits, 11 janv.1873, *Rec.*, p. 265 ; Conseil d'Etat, 6 et 8 janv.1888, *Rec.*, p.1 ; 1er avril et 8 juillet 1892, *Rec.*, p.328 et 607 ; Cass crim., 30 mars 1876, S.1876.1.109 ; Cass. civ., 19 juin 1883, S. 83.I.356 ; Cass. crim., 30 avril 1885, S. 87.1.93 ; 29 juillet 1885, S. 88.I.25 ; 22 avril 1902, D. 1904.I.358.

(3) Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 3e édit., nos 29 et 30.

établit une distinction entre les actes juridiques, non seulement au point de vue formel, c'est-à-dire à raison des organes dont ils émanent, mais aussi au point de vue matériel, s'attachant aux caractères intrinsèques et aux éléments internes.

Appliquant cette théorie aux actes législatifs et aux actes administratifs, M. Duguit considère que la loi, du point de vue rationel, consiste en une disposition par voie générale qui s'impose aux individus sous une sanction pénale, et que, dès lors, tout acte qui présente ces deux caractères est une loi, au sens matériel, quel que soit l'organe dont il émane.

Au point de vue formel, au contraire, la loi n'est que la décision émise par l'organe législatif, tel que la Constitution l'a organisé. En France, il suffit d'un vote des deux Chambres, approuvant un texte identique, pour donner naissance à une loi formelle ; mais si cette décision n'a pas le caractère de disposition générale, si elle ne règle qu'un cas particulier, tout en étant une loi formelle, elle ne sera pas une loi au point de vue matériel, elle ne sera qu'un simple acte administratif ou juridictionnel.

A l'inverse, toute disposition générale, édictée par un organe autre que l'organe législatif, est une loi au point de vue matériel, sans l'être au point de vue formel. C'est ainsi que les règlements administratifs, qui ne sont pas des lois formelles, sont des lois au point de vue matériel, car ils ont les deux caractères intrinsèques de la loi : la généralité, la sanction juridictionnelle.

Or, écrit M. Duguit, le juge doit appliquer la loi, sous peine de commettre, en cas de refus, un déni de justice. L'article 4 du Code civil, qui formule ce principe, ne distingue pas entre les diverses catégories de lois. Les tribunaux judiciaires doivent donc être déclarés compétents pour interpréter le sens ou pour apprécier la validité d'un règlement administratif, car ce règlement n'est autre qu'une loi matérielle.

Nous critiquerons plus loin cette théorie. Ajoutons seulement ici qu'elle conduit à distinguer deux sortes d'actes administratifs : 1° les règlements généraux, qui sont des lois matérielles, et dont les tribunaux judiciaires, chargés d'appliquer les lois, peuvent apprécier la légalité ; 2° les actes administratifs individuels, qui sont des actes administratifs proprement dits, matériels et formels, et dont le principe de la séparation des pouvoirs réserve la connaissance aux seules juridictions administratives.

§ II. — Aperçu historique de la jurisprudence sur la question de l'exception d'illégalité.

La jurisprudence a subi, dans ce domaine, des évolutions curieuses, qui, nous le verrons par la suite, ne sont qu'une des formes prises par le conflit, toujours renaissant, des autorités judiciaire et administrative, gardiennes jalouses de leurs compétences.

On peut répartir en cinq périodes les étapes de la jurisprudence en cette matière (1).

1re Période : *De 1791 à la promulgation du Code civil.*

Le principe de la séparation des pouvoirs vient d'être posé par les textes de l'époque révolutionnaire. Il est interprété avec une extrême rigueur : les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître des actes de l'administration, ni pour les interpréter, ni pour apprécier leur légalité, et cela ni par voie principale, ni par voie incidente. L'exception d'illégalité n'est donc admise devant aucun tribunal et dans aucune matière. (Voir Cass., 22 vendémiaire an VII, 3 thermidor an VII, 3 nivôse an XI. 20 pluviôse an XII et 23 août 1807 (2).

2e période : *De la promulgation du Code civil à la réforme du Code pénal de 1832.*

Après l'apparition du Code civil, commence une longue période pendant laquelle les tribunaux judiciaires ont tendance à étendre leur compétence, parfois au détriment des juridictions administratives. Le droit civil brille d'un éclat rajeuni, et pendant longtemps le droit public n'osera se mesurer avec lui. Il faudra presque un siècle pour que le patient effort de la jurisprudence du Conseil d'Etat parvienne à présenter le droit public comme un corps de doctrine pouvant revendiquer un domaine propre, indépendant du droit privé.

Aussi, dans cette seconde période, les tribunaux judiciaires s'efforcent-ils de restreindre la portée de la séparation des pouvoirs. Ils proclament que, si la connaissance des actes administratifs leur est interdite par la loi du 16 fructidor an III, ce texte n'empêche pas qu'un tribunal puisse être saisi, par voie incidente, de l'appréciation de la validité d'un acte administratif, surtout si cet acte est un règlement général. A partir de

(1) Consulter : Rives, thèse Paris, *L'exception d'illégalité ;* Réglade, *L'exception d'illégalité; Revue de droit public* 1923, n° 3 ; note de M. Hauriou sous les arrêts du tribunal des conflits du 16 juin 1923, S. 1923.III.49.

(2) S. Ire série, vol. II, p. 429.

1810, la Cour de Cassation adopte cette théorie en admettant l'illégalité de quatorze arrêtés préfectoraux et municipaux (1).

Il est à remarquer que la question de la légalité des décrets du chef de l'Etat ne pouvait pas se poser sous le Premier Empire. C'était, en effet, au Sénat conservateur qu'il appartenait de déclarer, dans les dix jours qui suivaient leur publication, l'inconstitutionnalité des actes du chef de l'Etat. Le Sénat n'usa pas de ce pouvoir, et le fait qu'il laissa passer le délai pour attaquer les décrets illégaux de l'Empereur rendit ceux-ci réguliers et ferma à leur égard la voie du recours contentieux.

Pour tous les autres actes administratifs, les raisons que la jurisprudence donna, pour expliquer l'introduction de l'exception d'illégalité, furent au nombre de trois principales :

Les tribunaux tirèrent argument, en premier lieu, du principe d'après lequel une juridiction pénale ne peut prononcer que des peines et statuer sur des délits prévus par la loi. « Les tribunaux ne peuvent punir les infractions aux règlements qu'autant que ces règlements exécutent des lois existantes et portent une peine contre les contrevenants » (2).

C'est exactement cette théorie que le législateur fit sienne en 1832, quand il revisa le Code pénal et y introduisit le paragraphe 15 de l'art. 471. Avant d'appliquer une peine pour violation d'un règlement, le juge doit s'assurer que le règlement est légal (3).

Ce raisonnement n'autoriserait d'ailleurs les tribunaux à examiner la légalité que des seuls règlements de police.

Les deux arguments qui vont suivre s'appliquent, au contraire, à tous les règlements, et le dernier même à tous les actes administratifs.

La jurisprudence ne tarda pas à remarquer que, parmi les actes administratifs, il en est qui renferment des dispositions générales : ce sont les règlements, comparables par leur contenu à la plupart des lois, tandis qu'il en est d'autres, les actes administratifs individuels, qui sont des décisions spéciales, applicables à tel ou tel citoyen ou à tel on tel cas d'espèce, ayant un caractère technique et restant en étroite dépendance

(1) Cass., 10 et 17 juillet 1810, S. Ire série, tome III, 1, p. 224.

(2) Cass., 10 et 17 juillet 1810, loc. cit.

(3) Voir encore : Cass., 9 août 1828. J.P., tome 22, p. 188 : « Attendu que les juges de police, quand on leur demande de punir une infraction aux règlements de police, ont le droit d'examiner si ces règlements sont dans la sphère des attributions de l'autorité dont ils sont émanés, et sont conformes aux lois qui déterminent la nature, l'étendue et les limites de ses pouvoirs, et que ce n'est qu'alors qu'il est reconnu que cette autorité a agi légalement et sur des objets confiés à sa surveillance, que ces juges ne peuvent refuser la sanction pénale qui leur est demandée au nom des lois. »

des circonstances de temps ou de lieu. Or, tandis que les arrêtés individuels présentent des difficultés qu'un magistrat de l'ordre judiciaire n'est pas habitué à trancher, en revanche, les règlements administratifs, disposant par voie générale, sont très accessibles à des juges, non spécialisés dans les questions administratives, mais rompus à la pratique de l'interprétation des lois. Aussi les tribunaux judiciaires retinrent-ils de bonne heure l'examen de la légalité des actes administratifs généraux, tout en se déclarant incompétents pour examiner les actes administratifs individuels (1).

(1) On trouve dans Merlin, *Question de droit supplément*, Ve Préfet, les origines de cette théorie. Les tribunaux judiciaires ne sont jamais juges de la validité des actes individuels. Avec des distinctions, Merlin admet qu'ils peuvent apprécier la validité de certains actes administratifs généraux, et il semble bien que la raison principale de cette distinction est qu'il considère que ces règlements font partie intégrante des lois qu'ils complètent :

« Ou il s'agit d'un arrêté par lequel un préfet ou un maire a statué sur un cas particulier, qui est ensuite porté devant un tribunal ; ou il s'agit d'un arrêté par lequel l'un ou l'autre administrateur a pris des mesures générales d'ordre public, et fait un véritable règlement dont on provoque ensuite l'application ou l'exécution en justice.

« Dans la première hypothèse, les tribunaux doivent, lors même qu'ils reconnaîtraient que le préfet ou le maire a prononcé incompétemment et a empiété sur leurs pouvoirs, s'abstenir de toute connaissance de la question, et attendre que l'autorité supérieure administrative ait, en cassant cette décision illégale, fait rentrer la contestation dans la ligne judiciaire...

« Dans la seconde hypothèse, il faut sous-distinguer :

« Ou l'arrêté, soit du préfet, soit du maire, qui prescrit des mesures générales d'ordre public, porte sur les objets que l'article 3 du titre XI de la loi du 24 août 1790 place dans les attributions de la police municipale » (et, en vertu de cette loi, Merlin déclare que les tribunaux de police sont contraints de prononcer des condamnations contre les contrevenants) ; « ou il porte sur des objets qui appartiennent à la haute justice, à la haute administration. »

Dans ce cas, Merlin a encore recours à des distinctions. Car « on ne trouve plus de loi qui, par une disposition générale, détermine et la juridiction devant laquelle les contrevenants doivent être traduits, et la peine qui doit leur être appliquée ».

Or ces distinctions reposent toutes sur l'idée que les tribunaux judiciaires doivent interpréter les règlements en les rapprochant des lois avec lesquelles ils font corps et examiner s'ils sont conformes aux dispositions de ces lois.

Merlin suppose d'abord que l'arrêté tend à assurer l'exécution d'une loi existante, qui a prescrit des peines en cas d'infractions et a désigné le tribunal qui doit les appliquer.

« Dans ce premier cas, les tribunaux ne doivent et ne peuvent avoir égard à l'arrêté qu'autant qu'il est conforme à la loi... »

Merlin examine ensuite l'hypothèse des règlements qui tendent à assurer l'exécution de lois qui ne prescrivent aucune peine, ou encore de règlements tout nouveaux qui prescrivent des mesures ne se rattachant à aucune loi.

« Dans ces cas... les dispositions pénales de l'arrêté doivent être considérées comme non écrites...

« Sans doute, les tribunaux ne sont pas juges des arrêtés administratifs, et il leur est expressément défendu d'en entraver l'exécution ; la loi du 24 août 1790 et la loi du 16 fructidor an III sont, comme on l'a déjà dit, très formelles à cet égard...

« Mais... que les tribunaux soient tenus de seconder l'exécution des actes administratifs, par les moyens qui rentrent dans le cercle de leur autorité, on en convient ; mais leur autorité se *borne à appliquer la loi et les décrets qui l'expliquent ;* et là où la loi et les décrets se taisent, les tribunaux sont sans pouvoirs. »

On aperçoit déjà en germe toute la théorie qui rapprochera la loi et les décrets, tous deux constituant deux modes d'expression d'une règle générale.

Enfin, les juges n'ont pas hésité à admettre l'exception d'illégalité en s'appuyant sur l'idée que si la séparation des pouvoirs leur interdisait d'intervenir dans l'administration, elle ne permettait pas davantage à l'autorité administrative d'exiger du juge les voies d'exécution judiciaire sans examen de la légalité des actes administratifs ; qu'au contraire, la fonction du juge étant, dans tous les cas, de faire triompher le statut légal, il n'était pas possible de lui refuser le droit d'écarter un règlement illégal dont il avait été saisi.

Dès 1810, la Cour de Cassation déclarait que, « si les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître des actes administratifs, ni mettre des entraves à leur exécution, ils ne peuvent aider à cette exécution que par des moyens qui rentrent dans le cercle de leur autorité » (1).

Le procureur général Merlin, dans son réquisitoire du 17 juillet 1810, s'exprimait ainsi : « Refuser l'application d'un arrêté illégal, ce n'est pas contrevenir ni à l'article 13, titre II, de la loi du 24 août 1790, ni à la loi du 16 fructidor an III. Ce n'est pas entraver l'exécution d'un règlement administratif, c'est seulement ne pas l'aider... Un administrateur ne peut et ne doit recourir aux tribunaux que pour réclamer d'eux l'exercice des droits que la loi leur a attribués ; et les tribunaux ne peuvent seconder l'action administrative que dans l'exercice de ses droits » (2).

Et la Cour de Nancy, dans un arrêt du 26 juillet 1827, précisait et développait cette théorie en ces termes : « Considérant que les tribunaux, institués par le roi pour rendre la justice selon les lois du royaume, sont spécialement chargés d'en faire l'application à tous les cas particuliers soumis à leur juridiction ; que cette application ne pourrait pas se faire, ou serait totalement illusoire, s'il était vrai qu'en présence des principes ci-dessus proclamés et textuellement insérés dans l'article 14 de la Charte, ils dussent aveuglément appliquer comme lois des ordonnances qui y seraient diamétralement contraires, ou qui auraient illégalement prononcé l'abrogation d'une loi ; qu'une telle obligation imposée aux tribunaux serait subversive de leur indépendance, qui est la garantie des justiciables ;... que vainement donc on chercherait à opposer qu'il existe des lois, notamment celle du 16 fructidor an III, qui interdisent aux tribunaux de connaître des actes d'administration et d'en empê

(1) Voir arrêts de Cass. préci és.

(2) Voir Merlin, *Rec. alphab. des questions de droit sup.*, mot « Préfet », § IV, t. III, p. 640 ; voir aussi *Répert. de jurisprudence*, de Merlin, mot « tribunal de simple police », section I, § II, deux arrêts des 2 juillet et 13 avril 1813.

cher l'exécution ; qu'en effet, sans examiner si cette loi, antérieure à la Charte, n'a pas dû depuis éprouver, sous quelque point de vue, des modifications, il faut reconnaître que les limites des pouvoirs administratif et judiciaire ne peuvent être franchies en ce sens que, *lorsque l'administration n'a pas besoin du concours des tribunaux pour faire exécuter ses règlements et ses ordonnances, ceux-ci ne peuvent s'immiscer en rien dans cette exécution, ni en examiner la légalité ; mais que lorsqu'on vient devant eux en demander l'application à telle ou telle espèce en litige, comme on vient de prouver qu'il est dans leurs attributions de faire l'application des lois, et que la Charte est la première de toutes, ils pourraient évidemment refuser de prendre pour base de leurs décisions ou arrêts des actes administratifs ou des ordonnances, si, étant contraires aux lois, elles avaient été rendues hors du pouvoir règlementaire...* » (1).

Faisant application de ces principes, la jurisprudence n'hésita pas à admettre l'exception d'illégalité, dans toutes les matières, aussi bien dans les instances civiles et commerciales que dans les poursuites pénales (2).

Cette jurisprudence s'affirma, le 31 juillet 1830, dans un procès retentissant devant le Tribunal de Commerce de la Seine (3). La question de la légalité de l'ordonnance royale du 25 juillet 1830, qui soumettait l'impression des journaux à l'autorisation préalable, fut soumise à ce Tribunal par deux contractants, dont l'un se prévalait de ses dispositions pour se refuser à exécuter ses engagements à l'égard de l'autre. Il s'agissait, en l'espèce, du gérant du *Courrier*, qui voulait continuer à publier son journal sans demander l'autorisation exigée par l'ordonnance qu'il jugeait illégale, mais qui se heurtait au refus de l'imprimeur d'exécuter son contrat pour l'impression du *Courrier*, motif pris de ce qu'il n'était plus lié par un contrat antérieur à l'ordonnance du 25 juillet, qui le rendait passible, au cas où il aurait rempli ses obligations, du brisement de ses caractères et de ses presses.

Le Tribunal de Commerce de la Seine jugea que, les dispositions de l'ordonnance étant illégales, l'imprimeur ne pouvait se dispenser d'exécuter son contrat, et il le condamna à l'impression du journal dans un délai de 24 heures.

Après cet arrêt, qui ne faisait d'ailleurs que confirmer avec éclat la

(1) D. R. Vo. Lois no 66.
(2) Voir la jurisprudence citée dans la thèse de M. Rives,
(3) S. 1830, II, 223.

jurisprudence antérieure, le renvoi à la juridiction administrative pour interprétation ou pour appréciation de validité fut rarement ordonné par les tribunaux judiciaires. Ceux-ci, en se fondant sur l'idée que le juge ne peut prononcer de condamnations qu'en vertu d'un texte légal, apprécièrent eux-mêmes la question de la légalité des arrêtés particuliers ou des règlements généraux de police, assortis de sanctions pénales.

Quant aux actes administratifs, n'ayant pas le caractère de mesure de police, les tribunaux distinguèrent entre les règlements généraux et les arrêtés spéciaux. L'exception d'illégalité fut admise à l'encontre des règlements, parce qu'ils étaient considérés comme des lois matérielles ; elle fut, au contraire, écartée pour les arrêtés particuliers dont la validité ne pouvait être discutée que devant les juridictions administratives.

Il est à remarquer que cette jurisprudence ne tirait qu'une partie seulement des conséquences des principes sur lesquels elle déclarait se fonder. A supposer, en effet, qu'on admît, comme le soutenaient les tribunaux judiciaires, que ceux-ci eussent le pouvoir souverain de refuser les voies d'exécution judiciaire à un acte administratif illégal, il fallait en conclure qu'ils devaient apprécier la validité de tous les actes administratifs, qu'ils fussent généraux ou particuliers.

3e période : *De 1832 à 1872.*

La loi du 23 avril 1832, qui vint réformer le Code pénal, devait apporter le seul texte que nous possédions sur l'exception d'illégalité. Elle le fit d'ailleurs d'une façon tout à fait indirecte et en termes si laconiques qu'ils nous seraient très obscurs, sans la jurisprudence antérieure.

En 1832, le législateur ajouta à l'article 471 du Code pénal, relatif à la répression des contraventions, un paragraphe 15 qui punit des peines de simple police « ceux qui auront contrevenu aux règlements *légalement faits* par l'autorité administrative » (1).

Il résulte de ce texte que la violation d'un règlement qui serait reconnu illégal ne peut être l'objet d'aucune peine.

Du reste, le texte de l'article 471 § 15 du Code pénal n'indique pas si le tribunal de simple police, saisi d'une contravention, peut apprécier, lui-

(1) Avant la loi de 1832, les infractions aux règlements municipaux étaient réprimés par la loi du 16-24 août 1790, dont les pénalités, modifiées par les articles 600 et 606 du Code de brumaire an IV, consistaient en une amende égale à trois jours de travail au maximum et à un emprisonnement de trois jours au plus.

même, la validité du règlement contesté, ou s'il doit renvoyer cette question préjudicielle à l'autorité administrative. Mais il n'a jamais été mis en doute que la loi de 1832 avait voulu confirmer la jurisprudence antérieure sur l'exception d'illégalité qui, depuis 1810, était nettement favorable à la compétence des tribunaux judiciaires.

Tout le problème est de savoir dans quelle mesure l'article 471 § 15 du Code pénal a apporté cette confirmation. Nous avons exposé que les magistrats de l'ordre judiciaire estimaient qu'au cours des procès d'ordre pénal, ils devaient apprécier la validité de tous les actes administratifs dont la légalité était contestée, tandis qu'au cours des litiges d'ordre civil ou commercial ils n'admettaient l'exception d'illégalité que si elle était soulevée à propos de règlements généraux, et jugeaient, au contraire, qu'il y avait lieu à renvoi devant la juridiction administrative si la même question était posée pour des actes administratifs particuliers.

L'article 471 § 15 du Code pénal, faisant partie du livre relatif aux contraventions, on peut soutenir qu'il n'aurait tranché la question de l'exception d'illégalité qu'à l'égard des règlements de police dont la validité est contestée devant le juge de simple police. Tout au plus, d'après cette thèse, admettrait-on que cet article a donné une solution applicable aux procès pendants devant toutes les juridictions pénales. Mais il serait impossible de prétendre que le texte aurait une portée plus générale, et qu'il attribuerait compétence à tous les tribunaux de l'ordre judiciaire pour interpréter tous les actes administratifs ou apprécier leur légalité. Les termes de l'article 471 § 15 ne visent expressément que les règlements de police de l'autorité administrative. Pour pouvoir les étendre à tous les actes administratifs, il faudrait au moins que les travaux préparatoires indiquassent clairement cette volonté du législateur. Or, il n'en est rien. L'addition du paragraphe 15 à l'article 471 du Code pénal fut proposé par la commission de la Chambre des pairs et adoptée sans discussion par les deux Chambres. Le rapporteur de la loi à la Chambre des pairs, le comte de Bastard, et le rapporteur de la Chambre des députés, M. Dumon, ne firent aucune allusion spéciale au paragraphe en question (1). Il faut donc s'en tenir strictement aux termes mêmes de l'article 471 du Code pénal.

(1) Voir *Archives parlementaires*, 2e série, t. 76, p. 158 et 626, t. 77, p 344. — Voir aussi Duvergier, 1832 et la note. — Voir également le rapport de M. le conseiller Tanon, D. 87.I.505.

Mais, à cette argumentation, on oppose que, puisqu'on ne conteste pas, que la réforme de 1832 a voulu confirmer la jurisprudence antérieure, cette confirmation a dû être générale, les travaux préparatoires ne contenant aucune réserve à cet égard, et que, dès lors, les juges civils et commerciaux, aussi bien que les juridictions pénales, sont compétentes pour l'examen de l'exception d'illégalité. On va même jusqu'à soutenir que le paragraphe 15 de l'article 471 du Code pénal n'est que l'application, à un cas particulier, d'une règle générale de notre droit, qui attribuerait au juge saisi d'un procès principal la connaissance de toutes les questions incidentes qui viendraient à naître au cours du litige.

Quoi qu'il en soit, la réforme de 1832 cristallisa la jurisprudence antérieure, tant des juridictions pénales que des juridictions civiles et commerciales.

Pourtant la tendance extensive de la jurisprudence de l'exception d'illégalité marqua d'abord un retrait devant les tribunaux civils et commerciaux à l'époque du Second Empire, conséquence de la faveur dont jouissait sous ce régime la juridiction administrative.

En revanche, à partir de 1863, les règlements d'administration publique, considérés auparavant comme des actes législatifs, pris en vertu d'une délégation du Parlement, ne pouvant faire l'objet d'aucun recours contentieux, furent admis parmi les actes dont la validité peut être contestée par la voie de l'exception d'illégalité (1).

4e Période : *De 1872 à 1923.*

Toute cette période est dominée par un fait nouveau, qui va arrêter l'extension de l'exception d'illégalité. C'est la réorganisation du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits par la loi du 21 mai 1872. Mieux plaeée pour remplir sa tâche, la juridiction administrative va chercher à accroître sa compétence.

Le Conseil d'Etat, soutenu par le Tribunal des Conflits, se déclare juge de droit commun en matière administrative (Conseil d'Etat, 13 déc. 1889, arrêt *Cadot*, et revendique le droit de connaître de toutes les difficultés

(1) Arrêt du Conseil d'Etat du 27 mai 1863, Drillet de Lannigou (solution *implicite*) S. 1863, II, 240; — Tribunal des Conflits, 11 janvier 1873, R., p. 265; — Conseil d'Etat 6 et 8 janvier 1888, R., p. 1; 1er avril et 8 juillet 1892, R., p. 328 et 607; — Cass. crim. 30 mars 1876, S. 76.I.100; — civ., 19 juin 1883, S. 83.I.356; — crim., 30 avril 1885 S. 87.I.83; 29 juillet 1885, S. 88.I.25; 22 avril 1902, D. 1904.I.358.

Ce n'est qu'en 1906 que le recours direct en annulation devant le Conseil d'Etat fut admis contre les règlements d'administration publique.

qui naissent à propos de l'exécution des services publics. (Trib. des conflits, 29 février 1908, *Feutry* et S. 1908.III.97 ; Trib. des conflits, 11 avril 1908, *de Fonscolombe*, S. 1909.III.49 ; Trib. des conflits, *Joullié*, 23 mai 1908, S. 1909.III.49).

Mais dans cette revendication des matières rentrant dans sa compétence, le Conseil d'Etat, ne se borne pas au plein contentieux.

Il agit de même dans le domaine du contentieux de l'annulation et parvient à l'étendre considérablement, tant en limitant les fins de non recevoir, qu'en élargissant le cadre des quatre cas d'ouverture, et tout spécialement du détournement de pouvoir et de la violation de la loi.

Cette extension du recours pour excès de pouvoir alla de pair avec le développement du recours indirect, autrement dit du recours en appréciation de validité, branche lui-même du recours en interprétation.

Nous avons vu (1) que le Conseil d'Etat a toujours affirmé sa compétence pour apprécier la validité des actes administratifs quand il se trouve saisi de cette question, sur renvoi d'un tribunal judiciaire, même quand il s'agit d'un tribunal de simple police, auquel cependant l'article 471 § 15 du Code pénal a donné le pouvoir d'interpréter les actes de police ou d'en apprécier la validité.

M. Réglade a cru pouvoir trouver dans cette jurisprudence la preuve que le Conseil d'Etat a fait sienne la théorie la plus stricte de l'exception d'illégalité, celle qui tend à restreindre aux seules juridictions pénales le droit d'examen des actes administratifs par l'autorité judiciaire (2).

Nous ne pensons pas qu'il faille donner à ces arrêts une pareille portée. Nous avons déjà exposé (3) qu'ils nous paraissaient être simplement une des conséquences de l'idée que le Conseil d'Etat se fait de sa plénitude de juridiction. Cependant, s'il ne faut pas interpréter ces décisions comme une revendication formelle du Conseil d'Etat, destinée à réprimer un empiètement de l'ordre judiciaire sur le domaine de la compétence administrative, il est certain que si la pratique du renvoi pour interprétation ou appréciation de validité, adoptée par quelques tribunaux judiciaires, ratifiée et encouragée par le Conseil d'Etat, se généralisait, il en résulterait une restriction des pouvoirs de l'autorité judiciaire.

La Cour de Cassation l'a bien compris. Aussi s'oppose-t-elle à ce que

(1) V. *Supra*, p. 35 et suivantes.
(2). R. de droit public, 1923. Réglade : *L'exception d'illégalité.*
(3) V. *Supra*, p. 34 et suivantes.

les tribunaux judiciaires renvoient devant le Conseil d'Etat les questions d'interprétation ou d'appréciation de validité quand la théorie de l'exception d'illégalité leur donne compétence pour trancher eux-mêmes ces questions (1). La Cour suprême n'admet pas, comme le fait le Conseil d'Etat, que l'effet de l'exception d'illégalité soit de faire trancher la question de la régularité de l'acte contesté tantôt par les tribunaux judiciaires, tantôt par la juridiction administrative. Elle considère que l'effet de cette exception est de remettre au tribunal, malgré la séparation des pouvoirs, l'examen de l'acte administratif.

Le conflit qui existe sur ce point entre les deux ordres de juridiction porte donc à la fois sur la nature juridique de l'exception d'illégalité et sur le domaine de cette exception.

Le Tribunal des conflits a apporté au Conseil d'Etat son aide dans cette lutte menée pour affirmer la compétence des juridictions administratives en matière d'interprétation des actes administratifs. A plusieurs reprises, dans des affaires très importantes, ayant été saisi par la procédure de l'élévation du conflit du point de savoir si les tribunaux judiciaires pouvaient interpréter un acte administratif, il a rendu des décisions déniant cette compétence.

Le conflit fut élevé, par exemple, à propos de l'application des décrets du 29 mars 1880 sur les congrégations religieuses. Au cours d'instances devant les tribunaux civils, tendant à remettre les congréganistes en possession des locaux dont ils avaient été expulsés en vertu de décrets dont les demandeurs soutenaient l'illégalité, le conflit fut élevé sur la question de savoir si les tribunaux judiciaires pouvaient interpréter ces décrets sans renvoi. Le Tribunal des conflits jugea, le 5 novembre 1880, affaire *Marquigny*, que les tribunaux judiciaires étaient incompétents pour donner cette interprétation :

« Considérant qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution de cet acte administratif ; que, sans doute, par *une exception formelle au principe de la séparation des pouvoirs*, cette autorité peut apprécier la légalité des actes de police quand elle est appelée à prononcer une peine contre des contrevenants, mais que cette exception est sans application dans la cause : considérant que si le sieur Marquigny et consorts se croyaient fondés à soutenir que la mesure prise contre eux n'était autorisée par aucune loi, et que, par

(1) V. *Infra*, p. 45.

suite, le décret du 29 mars 1880 et l'arrêté précité étaient entachés d'excès de pouvoir, c'était à l'autorité administrative qu'ils devaient s'adresser pour faire prononcer l'annulation de ces actes ; considérant que le président du Tribunal de Lille a méconnu les principes de la séparation des pouvoirs... » (1).

Cet arrêt aurait pu inaugurer une jurisprudence extrêmement restrictive de l'exception d'illégalité. Il donnait à la règle de la séparation des pouvoirs son sens le plus étroit. Toute interprétation, toute appréciation de validité d'un acte administratif devrait ressortir, d'après cet arrêt, à la juridiction administrative, comme s'il s'agissait du contentieux de l'annulation direct, du recours pour excès de pouvoir. A ce principe général, une seule exception serait admise, celle de l'article 471 § 15 du Code pénal, rigoureusement limitée aux termes mêmes de cet article. c'est-à-dire aux règlements de police.

Le 22 avril 1910, le Tribunal des conflits rendit, à propos de sonneries de cloches, un arrêt, *Préfet de la Côte-d'Or contre abbé Piment*, qui paraissait confirmer l'arrêt de 1880 :

« Considérant que les arrêtés pris par les maires, en exécution des dispositions législatives et règlementaires précitées, sont des actes administratifs soumis au contrôle de l'administration et de la juridiction administrative, et que *les tribunaux civils ne peuvent ni en apprécier la légalité, ni faire échec à leur exécution*. » (2).

Pourtant, cet arrêt marque déjà une évolution de la jurisprudence du Tribunal des conflits. Il ne déclare les tribunaux judiciaires incompétents que pour connaître de l'appréciation de la validité des règlements, sans se prononcer sur la question de leur interprétation. C'est que, depuis un arrêt du 5 mars 1900, *Giovanni*, le Tribunal des conflits avait fait une distinction entre ces deux recours, et avait admis que les tribunaux judiciaires, incompétents pour apprécier la validité d'un acte administratif, pouvaient en interpréter les termes. Il s'agissait, en l'espèce, d'un règlement de police, mais sans que l'article 471 § 15 du Code pénal fût en jeu, car la poursuite avait lieu, non pour contravention, mais sur la question de la responsabilité quasi délictuelle. L'arrêt contient cet attendu :

« Considérant que l'arrêté préfectoral du 15 juin 1888 constitue un règlement général sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies fer-

(1) Trib. des conflits, 5 novembre 1880, *Marquigny*, S. 1881, III, 81.
(2) Trib. des conflits, 22 avril 1910, S. 1910, III, 129.

rées...; que, dès lors, il appartient à l'autorité judiciaire d'en donner l'interprétation dans les cas où elle est appelée à l'appliquer. » (1).

Ainsi, même en dehors de l'exception prévue par l'article 471 § 15 du Code pénal, la séparation des pouvoirs n'interdit pas à un tribunal judiciaire d'interpréter un acte administratif, pourvu qu'il soit de caractère général et réglementaire.

Le Tribunal des conflits eut encore à se prononcer, le 29 juillet 1916, sur la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître de la légalité des actes administratifs. Il rendit une décision, motivée d'une manière équivoque, mais qui confirmait, en définitive, l'arrêt de 1880, *Marquigny*, et l'arrêt de 1910, *Préfet de la Côte d'Or*, et refusait de reconnaître aux tribunaux judiciaires le droit d'apprécier la légalité d'un règlement administratif, en dehors de l'exception prévue par l'article 471 § 15 du Code pénal, relative aux règlements de police.

Il s'agissait, cette fois, d'actes de l'autorité militaire, pris en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés en temps de guerre, en matière de transports par chemin de fer, par la loi du 28 décembre 1888 et le décret du 8 décembre 1913. Le Tribunal des conflits jugea que ces actes administratifs échappaient à l'appréciation de l'autorité judiciaire, et que la question de leur légalité constituait une question préjudicielle qui ne pouvait être résolue que par la juridiction administrative.

Cette décision, qui n'innovait rien, fut malheureusement libellée de telle sorte que l'on put croire qu'elle n'avait pour base que les circonstances exceptionnelles de guerre auxquelles l'autorité administrative avait dû parer, et qu'elle avait voulu créer une sorte de catégorie spéciale d'actes de gouvernement qui eussent échappé à l'exception d'illégalité et n'auraient pu être censurés que par le recours direct en annulation (2).

Le Tribunal des conflits s'était, en effet, ainsi exprimé :

« Considérant que les ordres donnés par l'autorité militaire, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par les textes précités, n'ont pas, comme le décide la Cour d'Amiens, le caractère de règlements venant compléter une loi, en exécution d'une délégation qui y est contenue ; qu'ils constituent des actes de la puissance publique, ayant pour objet *de pourvoir, dans des circonstances exceptionnelles résultant de l'état de guerre, aux besoins de la défense nationale*, dont il incombe au gouverne-

(1) Trib. des conflits, 5 mai 1900, *Giovanni, Rec* , p. 327.
(2) Voir la note de M. Hauriou au S. 1917, III, p. 1.

ment d'assurer l'organisation ; que de tels actes échappent à l'appréciation de l'autorité judiciaire, qui ne peut se prononcer sur leur légalité, et que cette règle s'applique spécialement aux arrêtés pris par le commandant en chef pour autoriser l'ouverture du service commercial de certaines lignes. » (1).

Depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 16 juin 1923, que nous commentons ci-dessous, il apparaît clairement que l'arrêt du 29 juillet 1916 avait une portée dépassant les mesures exceptionnelles de guerre, et qu'il confirmait simplement la jurisprudence antérieure du Tribunal des conflits, déniant aux tribunaux judiciaires le droit d'apprécier la légalité des actes administratifs qui ne sont pas des règlements de police.

Il s'en faut d'ailleurs que la jurisprudence de la Cour de Cassation, beaucoup plus riche sur ce point que celle du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, ait eu, pendant cette période, une doctrine aussi nette et se soit fixée, en fin de compte, dans le même sens.

La Cour de Cassation n'a pas cessé d'affirmer que les tribunaux judiciaires peuvent apprécier la légalité des règlements de police, en vertu de l'article 471 § 15 du Code pénal. Sur ce point, les arrêts sont très nombreux (2). Ils ne font qu'affirmer un point de droit non contesté.

Mais il est déjà plus intéressant de remarquer que, même pendant la guerre, et lorque les pouvoirs de police de l'autorité civile passèrent à l'autorité militaire, en vertu de la loi sur l'état de siège, la Cour de Cassation considéra que l'appréciation de la validité des règlements et des mesures de police restait de la compétence des tribunaux judiciaires (3).

La Cour de Cassation estime donc que l'article 471 § 15 du Code pénal a très nettement attribué compétence aux tribunaux de police pour connaître de la légalité des règlements de police quand celle-ci est contestée devant eux. Et il n'est pas douteux que la Cour de Cassation considère que le tribunal devant lequel l'exception d'illégalité d'un règlement de

(1) Trib. des conflits, 29 juillet 1916, *Rec.*, p. 338 et S. 1917, III, 1.

(2) Voir Cass., 20 janvier 1888, S. 1888.I.141 ; Trib. simple police de Montpellier, 6 décembre 1900, S. 1902.II.147 ; Cass., 6 juillet 1911 (2 arrêts), S. 1914.I.422 ; 3 mai 1912, S. 1914.I.420.

(3) Voir Cass., 30 nov. 1916 (*R. de droit public*, 1917, p. 307), arrêt relatif au décret du 7 janvier 1915, règlementant l'ouverture de nouveaux débits de boissons ; Cass., 31 mai 1918 (*Gaz.Pal.*, 29 juin 1918), arrêt concernant le décret du 30 novembre 1917 sur la fabrication de la pâtisserie par les boulangers ; Cass., 3 novembre 1917 (S. 1917.I.145, note de M. Roux), arrêt relatif au décret du 3 mai 1917, prescrivant le blutage du blé à 85 %.

police est soulevée doit obligatoirement statuer sur la légalité, sans qu'il lui soit loisible de renvoyer cette question devant la juridiction administrative (1). La Cour suprême, qui a toujours proclamé que les règles de compétence sont obligatoires, — à part de bien rares exceptions, comme celles des jugements entre étrangers,—ne peut admettre le renvoi *facultatif* devant la juridiction administrative. Un tribunal est compétent ou il ne l'est pas. Mais il ne peut pas, à son gré, se déclarer compétent ou se récuser.

Cette opinion paraît être en contradiction avec la jurisprudence du Conseil d'Etat. Lorsqu'il s'est trouvé saisi de la question de la validité d'un règlement de police, sur renvoi d'un tribunal de simple police, le Conseil d'Etat s'est toujours déclaré compétent. Pourtant, ces décisions différentes peuvent se concilier. On admet parfaitement qu'un tribunal civil, saisi d'un procès commercial, d'accord entre les parties, peut juger ce procès en vertu de sa plénitude de juridiction. Or, le Conseil d'Etat est la juridiction de droit commun en matière administrative et il est, par conséquent, logique qu'il retienne tous les recours en appréciation de validité des actes administratifs qui lui sont soumis, même concernant des règlements de police.

Mais la Cour de Cassation ne s'est pas bornée à l'examen de la légalité des règlements de police. Elle a admis aussi que les tribunaux judiciaires étaient compétents pour examiner la légalité des règlements d'administration publique. Il est certain que, parmi les règlements, c'étaient ceux dont les tribunaux devaient être le plus tentés d'interpréter le sens et d'apprécier la validité. En effet, ils viennent compléter une loi, laquelle a prévu formellement qu'ils devraient être pris, et si, juridiquement, ils ne font pas corps avec la loi et ne sont pas des actes législatifs, ils s'y rattachent si étroitement que le juge qui applique la loi devait être porté à les englober dans sa compétence (2).

La Cour de Cassation, engagée dans cette voie, devait s'apercevoir qu'il y a d'autres règlements qui font bloc avec les lois : ce sont les règlements coloniaux. Ces décrets ont même tous les caractères de la loi et ne sont pas susceptibles de recours contentieux, à condition cependant qu'ils ne soient pas intervenus dans une matière qu'une loi se serait formellement réservée. La même tendance, qui avait décidé la Cour de

(1) Voir Cass. crim., 3 mai 1912, S. 1914.I.420.

(2) Voir Cass., 26 juillet 1905 (D. 1906.I.25), relatif au règlement du 13 août 1889 sur la nationalité.

Cassation à se déclarer compétente pour apprécier la validité des règlements d'administration publique, plus étroitement que les autres rattachés à la loi, fit qu'elle se reconnut le droit d'apprécier la légalité des décrets coloniaux qui, sauf exception, font partie des textes législatifs (1).

Enfin, après des hésitations et des arrêts contradictoires, la Cour suprême finit par assimiler à des lois, non seulement les règlements d'administration publique et les décrets coloniaux, mais aussi tous les règlements statuant par voie de dispositions générales, et déclara, en conséquence, que les tribunaux judiciaires étaient compétents pour les interpréter et en apprécier la validité.

Cette théorie a été formulée avec une netteté remarquable par l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 24 octobre 1917 (2). La Cour se reconnut compétente pour interpréter le règlement du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique et le décret du 8 août 1878, motif pris de ce que ces règlements n'étaient pas des actes administratifs spéciaux et individuels, mais des décisions rendues en termes généraux et qui, par suite, revêtaient les caractères de la loi.

« Attendu, dit cet arrêt, que les règlements du 31 mai 1862 et du 8 août 1878 ne constituent pas des actes administratifs spéciaux et individuels, dont l'interprétation échappe à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, mais *des dispositions générales, rendues en vertu des pouvoirs réglementaires de l'administration, qui participent ainsi du caractère de la loi;* qu'il appartenait, dès lors, à l'autorité judiciaire, non seulement d'en faire l'application, quand leurs dispositions sont claires et précises, mais encore d'en apprécier la légalité et d'en interpréter le sens, lorsque cette interprétation est nécessaire pour la solution d'un litige dont elle a été compétemment saisie. »

Cet arrêt ne fait qu'adopter la doctrine d'après laquelle il faut distinguer dans les actes le côté formel, c'est-à-dire l'organe dont ils émanent, et le côté matériel, autrement dit leur caractère intrinsèque.

Du point de vue formel, la loi se distingue du règlement en ce qu'elle émane d'un vote concordant des Chambres, tandis que le règlement est pris par une autorité administrative.

Du point de vue matériel, la loi serait toute décision ayant le caractère de disposition générale, même si elle n'émane, comme le règlement, que

(1) Cass. civ., 30 mai 1910, D. 1912.I.351.
(2) S. 1918-1919.I.193, note de M. Duguit.

d'un organe administratif. Au contraire, un acte administratif qui, du point de vue formel, est un acte pris par une autorité administrative, est, au point de vue matériel, une décision statuant par voie de dispositions spéciales et individuelles, quel que soit d'ailleurs l'organe dont elle émane, que ce soit le Parlement ou un administrateur.

On en vient ainsi à distinguer les actes administratifs proprement dits, — spéciaux et individuels, — toujours du ressort des juridictions administratives ; et les actes administratifs généraux, qui sont des lois matérielles, dont les tribunaux judiciaires peuvent interpréter les actes et apprécier la validité.

Cette théorie, qui avait déjà été admise, implicitement ou explicitement, avant 1917, par de nombreux arrêts (1), a été confirmée par un arrêt de la Chambre des requêtes, rendu le 10 janvier 1921 (2).

Toutefois, cette jurisprudence, dont il est inutile de souligner l'opposition absolue avec les arrêts du Tribunal des conflits du 5 novembre 1880, *Marquigny*, et du 22 avril 1910, *Préfet de la Côte-d'Or*, n'a pu triompher, même devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, sans rencontrer des résistances qui se sont manifestées par des arrêts exactement opposés à l'arrêt du 24 octobre 1917 (3).

5e période : *Depuis les arrêts du Tribunal des conflits du 16 juin 1923.*

La jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits, et celle de la Cour de Cassation, paraissaient, depuis 1917, fixées dans deux opinions divergentes, le Tribunal des conflits ne reconnaissant pas aux tribunaux judiciaires le droit d'apprécier la légalité des règlements autres que les règlements de police, et inclinant à leur concéder le droit d'interprétation à l'égard de tous les règlements ; et la Cour de Cassation, au contraire, posant la distinction des actes administratifs généraux et des actes administratifs spéciaux, et se reconnaissant, chaque fois qu'il s'agit des premiers, compétente aussi bien pour les interpréter que pour en apprécier la validité.

(1) Cass. req., 24 novembre 1874, S. 1876.I.372 ; 11 décembre 1876, S. 1877.I.113 ; Cass. civ., 14 août 1877, S. 1878.I.100 ; 24 juin 1890. S. 91.I.540 ; 11 août 1890, S. 91.I.169 ; Cass. req., 1er mars 1905. S. 1910.I.127 ; Cass. civ., 17 février 1913. S. 1913.I.457.

(2) D. 1921.I.49, avec la note de M. Appleton. Voir aussi l'arrêt du 9 novembre 1921 et l'arrêt du 14 février 1922, S. 1922.I.241, avec la note de M. Duguit.

(3) Cass. req. 7 février 1910, S. 1912.I.505 ; Cass. req.. 22 mars 1916, S. 1918-1919. I.73, avec la note de M. Duguit.

On attendait avec quelque curiosité le moment où le Tribunal des conflits aurait à nouveau à se prononcer.

Il l'a fait par deux arrêts, rendus le 16 juin 1923. Il s'agissait d'interpréter certaines dispositions de l'arrêté interministériel du 31 mars 1915, fixant les conditions de délai et de responsabilité des administrations des chemins de fer en matière de transports commerciaux.

On se demandait si le Tribunal des conflits, invoquant la séparation des pouvoirs, revendiquerait, au profit de la juridiction administrative, l'interprétation du sens et de la validité de tous les actes administratifs, ou si, au contraire, il adopterait la théorie de la Cour de Cassation, qui dénie le caractère d'acte administratif matériel aux actes administratifs généraux, et leur trouvant les caractères intrinsèques de la loi, les range parmi les actes dont les tribunaux judiciaires peuvent interpréter le sens et apprécier la validité.

Entre ces deux théories, le Tribunal des conflits a pris un moyen terme. Il a déclaré que, exception faite pour les règlements de police, les tribunaux judiciaires ne pouvaient apprécier la validité d'aucun acte administratif et que le renvoi à la juridiction administrative s'imposait à eux ; mais qu'au contraire, lorsqu'il s'agissait, comme c'était le cas dans les espèces qui lui étaient soumises, d'interpréter simplement les dispositions d'un règlement administratif, les tribunaux ordinaires étaient compétents pour en fixer le sens, à condition qu'il s'agît de règlements généraux, ayant le caractère législatif et non d'actes administratifs spéciaux et individuels, dont la connaissance appartient toujours aux juridictions administratives.

C'est ce qui ressort de l'arrêt du Tribunal des conflits qui s'exprime ainsi :

« Considérant que l'article 22 de la loi du 13 mars 1875, modifiée par la loi du 28 décembre 1888, dispose qu'en temps de guerre, le service des chemins de fer relève de l'autorité militaire ; qu'aux termes de l'article 19 du règlement sur les transports stratégiques, approuvé par le décret du 8 décembre 1913, le ministre de la Guerre autorise, lorsqu'il le juge utile, la reprise partielle ou totale des transports commerciaux ; et que, d'après le décret du 29 octobre 1914, les conditions de délai et de responsabilité dans lesquelles sont effectués les transports commerciaux, y compris les transports de colis postaux, autorisés en vertu de l'article 19 précité du règlement sur les transports stratégiques, seront arrêtés par le ministre de la Guerre sur chaque réseau ; que l'arrêté du 31 mars 1915

a été pris par le ministre de la Guerre de concert avec le ministre des Travaux publics, en vertu de ces deux texes ; que, *s'il constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane*, et si, dès lors, à ce titre, *il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et règlementaire, et qu'à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens*, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis; que, par suite, en se bornant à déterminer la portée de cet arrêté, l'arrêt de la Cour de Paris n'a pas violé le principe de la séparation des pouvoirs » (1).

Cet arrêt vient à un moment opportun, alors que la question de l'exception d'illégalité a pu être examinée longuement par les auteurs et que sont intervenues de nombreuses décisions des divers ordres de juridictions. Il est vraisemblable qu'il va fixer pour un temps la jurisprudence. Quant à la valeur de la thèse qu'il consacre, nous la jugerons en même temps que celle des diverses théories auxquelles l'exception d'illégalité a donné naissance.

§ III. — Examen des Théories qui cherchent à déterminer le domaine de l'exception d'illégalité.

Les diverses théories auxquelles l'exception d'illégalité a donné lieu peuvent se ramener à trois principales : deux thèses extrêmes et une opinion moyenne.

1° Théorie extensive de l'exception d'illégalité

C'est presque à l'unanimité que la doctrine contemporaine a adopté la théorie extensive de l'exception d'illégalité. Au lieu de maintenir cette exception dans les termes stricts de l'article 471 paragraphe 15 du Code pénal, qui confère simplement aux tribunaux de police le droit d'interpréter le sens et d'apprécier la validité des arrêtés ou règlements de police, on est convenu d'affirmer que les tribunaux judiciaires peuvent

(1) S. 1923.III.49 et la note de M. Hauriou.

aussi retenir l'interprétation ou examiner la validité de tous les règlements administratifs (1).

Malgré l'autorité des auteurs qui se rallient à cette thèse, il faut reconnaître que celle-ci n'apporte que des arguments qui justifient assez mal l'extension de l'exception d'illégalité aux seuls règlements administratifs, et que logiquement cette doctrine devrait conduire à écarter, en cette matière, le principe de la séparation des pouvoirs, et à reconnaître, dans tous les cas, aux tribunaux judiciaires, le droit d'interpréter les actes administratifs ou d'en apprécier la validité, quand ces questions se posent au cours d'un procès d'ordre privé.

Les arguments dont se servent les auteurs se rattachent, tout d'abord, à l'idée que les actes règlementaires ne sont pas des actes administratifs proprement dits, mais des actes législatifs ou quasi législatifs, par leur côté matériel ou leur caractère intrinsèque, et soumis à ce titre, comme les lois elles-mêmes, à l'interprétation des tribunaux judiciaires chargés de les appliquer.

C'est aussi la théorie admise par la Cour de Cassation dans ses plus récents arrêts. Les règlements administratifs sont assimilables aux lois, et leur sens et leur validité peuvent être appréciés par les tribunaux judiciaires.

Quelque séduisante que soit cette doctrine, qui cherche à distinguer les actes législatifs des actes d'exécution d'après un critérium rationnel, qui, négligeant les organes dont ils émanent, s'attache d'abord à déterminer la nature et le contenu des décisions, il faut bien constater que ces constructions théoriques n'ont pas de fondement dans notre constitution, qui a nettement séparé les organes législatifs des organes du pouvoir exécutif, sans indiquer nulle part qu'elle entendait prendre une autre base que ce critérium fonctionnel pour distinguer la loi du règlement (2).

Le règlement, même lorsqu'il renferme des dispositions générales, n'émane pas d'un pouvoir qui soit d'essence législative. Il reste, au con-

(1) Voir M. Duguit (note sous Cass. civ., 24 octobre 1917. S. 1918-1919.I.193 ; Hauriou (*Précis de droit administratif*, 10e édit., p. 69, et note sous Trib. des conflits, 29 juillet 1916, S. 1917.III.1) ; Appleton (note sous Cass. req , 10 janvier 1921, D. 1921.I.49) ; Moreau (*le Règlement administratif*, n° 175 et suiv.) ; Berthélemy (*Traité élémentaire de droit administratif*, 9e édit.. p. 111) ; Rives (Thèse Paris 1908) ; Réglade (*Revue de droit public*, 1923, p. 393) ; Beudant (*Cours de droit civil*, Introduction n° 42) ; Nézard (*le Contrôle juridictionnel du règlement administratif*, p. 60 et suiv.).

(1) Voir *Supra*, p. 28.

traire, l'œuvre du pouvoir exécutif qui édicte des prescriptions pour l'exécution des lois, prescriptions dont la validité peut être contestée si elles sont contraires aux dispositions d'une loi en vigueur, car c'est le trait essentiel du règlement d'être une source de droit subordonnée à la loi.

En somme, le règlement est un acte administratif, au même titre que les arrêtés les plus spéciaux et les prescriptions les plus individuelles, parce que toutes ces prescriptions ont ceci de commun qu'elles sont prises en exécution des lois et dans les limites que celles-ci ont posées.

« Le pouvoir règlementaire, écrivait déjà M. Laferrière (1), n'excède pas les attributions régulières de l'autorité administrative ; les actes qui en procèdent sont, par leur nature même, des actes administratifs, des actes de puissance publique. »

A plus forte raison, il n'est plus possible de parler du caractère législatif de règlement, même du règlement d'administration publique, depuis que le Conseil d'Etat admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé contre tous les règlements administratifs.

D'ailleurs, se fonder sur la prétendue essence législative du règlement pour soutenir que les tribunaux judiciaires ont le droit d'en apprécier la légalité, c'est invoquer un argument qui permet de repousser la thèse que l'on soutient.

Nous aurons encore recours à l'autorité de M. Laferrière pour montrer cette contradiction flagrante qui s'étale dans la doctrine contemporaine :

« Si l'assimilation qu'on a quelquefois proposée entre les actes règlementaires et les lois était vraie, il en résulterait une conclusion toute différente de celle qu'on en a tirée. Les tribunaux ne pourraient pas alors refuser d'appliquer le règlement sous prétexte d'illégalité, pas plus qu'ils ne peuvent refuser d'appliquer les lois sous prétexte d'inconstitutionnalité. On sait, en effet, que le juge français, — à la différence du juge américain, qui a le droit de mettre la constitution au-dessus de la loi, et de considérer celle-ci comme non avenue si elle viole les lois fondamentales de l'Union ou d'un Etat, — est toujours tenu d'appliquer les décisions du pouvoir législatif régulièrement promulguées. » (2).

On ne saurait mieux dire qu'il est vain de s'efforcer de montrer le ca-

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, 2e édit., p. 483.
(2) Laferrière, loc. cit., t. I, 2e édit., p. 484.

ractère législatif du règlement, si l'on veut fonder sur cette démonstration l'exception d'illégalité.

Cependant, il est vrai que beaucoup d'auteurs affirmant aujourd'hui que l'autorité judiciaire aurait en France le droit d'examiner la constitutionnalité des lois (1), il n'y aurait pour eux nulle contradiction à soutenir le caractère législatif du règlement et à admettre néanmoins qu'il est susceptible de recours contentieux.

Mais la doctrine a encore cherché à fonder le pouvoir des tribunaux d'apprécier la légalité des règlements administratifs en déclarant que le juge doit avant tout appliquer la loi, et qu'admettre des questions préjudicielles d'interprétation, c'est limiter abusivement son pouvoir d'investigation. On fait remarquer que l'article 4 du Code civil est formel : « Le juge qui refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » La mission du juge le contraindrait donc à apprécier lui-même et sans renvoi la légalité des règlements administratifs.

On peut opposer à cet argument qu'un juge doit, en effet, appliquer la loi, mais qu'il doit appliquer toutes les lois, et que l'article 4 du Code civil ne l'autorise pas à violer les lois qui ont posé la séparation des pouvoirs, et notamment celle du 16-24 août 1790, qui interdit aux juges de « connaître des actes de l'administration ».

Et de plus, si l'on adoptait cette interprétation de l'article 4 du Code civil, il faudrait aussi admettre toutes les conséquences qui devraient logiquement en découler. Rien ne saurait jamais arrêter le juge devant qui on invoque un texte de loi. Ce serait donc tous les actes administratifs, aussi bien les actes administratifs spéciaux et individuels que les règlements généraux, que le juge devrait pouvoir interpréter.

Or, la majorité de la doctrine se borne à réclamer pour l'autorité judiciaire le droit d'apprécier la légalité des règlements, et ne tire pas de l'article 4 du Code civil toutes les suites que l'interprétation qu'elle en donne devrait comporter. C'est que les auteurs hésitent à écarter tout à fait, en matière d'exception d'illégalité, le principe de la séparation des

(1) Leblanc, *Du pouvoir des tribunaux d'apprécier en France la constitutionnalité des lois*, thèse Paris, 1924 ; — *Revue de droit public*, 1912, consultation donnée par MM. Berthélemy, Jèze, Esmein, Larnaude ; jugement tribunal d'Ilfov (Bucarest), 2 février 1912, S. 1912.IV.9 ; arrêt de Cour de Cass. de Roumanie du 16 mars 1912, S. 1912.IV 28, et la note de M. Berthélemy ; Conseil d'État 1er mars 1912, Tichit, S. 1913.III.137, et la note de M. Hauriou.

pouvoirs, que pourtant leurs raisonnements sont de nature à ruiner complètement.

2° Théorie restrictive de l'exception d'illégalité.

Suivant les partisans de la thèse restrictive, on ne peut faire ainsi leur part aux règles de la séparation des pouvoirs. La juridiction administrative a le droit de revendiquer toute l'autonomie et même tous les privilèges que le législateur de l'époque révolutionnaire a manifestement voulu lui attribuer. A l'appui de cette théorie, on invoque les textes de 1790 ou de l'an III, que nous avons cités et commentés au début de cette étude, car c'est autour d'eux que doivent toujours s'élever toutes les discussions relatives à l'exception d'illégalité. On fait remarquer que la séparation des pouvoirs a été édictée comme un moyen constitutionnel de renforcer l'Exécutif et d'assurer un certain équilibre des pouvoirs du chef de l'Etat et de ceux du Parlement, équilibre qui, dans la conception du législateur de l'époque révolutionnaire, non seulement devait interdire à l'autorité judiciaire de faire des actes administratifs, règlementaires ou particuliers, mais encore impliquait la remise à l'autorité administrative du contentieux de ses propres actes.

L'idée d'un privilège exorbitant du droit commun, établi au profit de l'administration, est à l'origine de la proclamation de la séparation des pouvoirs, et non pas de simples considérations utilitaires, comme celle de faire juger les litiges de droit public par des juges spécialisés.

On ne peut donc qu'interpréter rigoureusement le principe de la séparation des pouvoirs, qui est une des bases essentielles de notre droit, et notamment on ne saurait établir des distinctions que nos lois n'ont point faites entre les règlements généraux et les actes administratifs particuliers.

Toute interprétation des actes administratifs ou toute appréciation de leur validité par les tribunaux judiciaires est donc impossible, exception faite toutefois pour les mesures de police depuis la réforme du Code pénal de 1832.

On conçoit donc fort bien que l'arrêt du Tribunal des conflits, *Marquigny*, du 15 novembre 1880, ait jugé que ce n'est que « par une exception formelle au principe de la séparation des pouvoirs que cette autorité (l'autorité judiciaire) peut apprécier la légalité des actes de police quand elle est appelée à prononcer une peine contre des contrevenants », et que

M. Laferrière, dont on essaie parfois d'invoquer le témoignage à l'appui de la thèse extensive, se soit arrêté aux conclusions suivantes :

« Les actes règlementaires sont des actes administratifs d'une nature particulière, dont l'annulation ne peut appartenir qu'à l'autorité ou à la juridiction administrative, mais dont les tribunaux peuvent exceptionnellement *déterminer le sens et apprécier la légalité, lorsqu'ils sont appelés à leur assurer une sanction pénale.* La compétence judiciaire dérive alors non de la nature de l'acte, mais des *droits qui sont inhérets à l'exercice de la justice pénale,* et en vertu desquels les tribunaux de répression ont, en principe, plénitude de juridiction sur toutes les demandes et exceptions tendant à l'application ou à la non application des peines. » (1).

La compétence judiciaire doit donc, en principe, s'arrêter devant tout acte administratif qu'il y aurait lieu d'interpréter, même si cet acte constituait une faute administrative. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'il s'agît d'une faute personnelle du fonctionnaire, assimilable à un délit ou un manquement grave, ou bien il faudrait qu'un texte formel fût venu faire échec à la compétence administrative, et eût remis la connaissance de certains actes administratifs aux tribunaux judiciaires pour des considérations historiques ou même de simple opportunité. C'est ainsi que les lois des 7-11 septembre 1790 et 5 ventôse an XIII ont attribué aux tribunaux judiciaires tout le contentieux des contributions indirectes et que ceux-ci ont donc plénitude de juridiction en cette matière sur toutes les questions de légalité ou d'interprétation des tarifs. Il y a bien là dérogation aux règles ordinaires de la séparation des pouvoirs, mais elle résulte et ne pouvait résulter que d'une loi.

Cette théorie restrictive paraît être la plus logique et la plus conforme aux intentions du législateur. Aussi s'explique-t-on que quelques arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits l'aient adoptée, à la fin du XIX^{e} siècle, quand le Conseil d'Etat, sentant que les juridictions administratives étaient entrées profondément dans notre droit, chercha à affirmer la compétence de ces juridictions, et à revendiquer, au besoin, les matières que les tribunaux ordinaires s'étaient abusivement appropriées.

Mais le Conseil d'Etat ne parvint pas à faire triompher cette théorie restrictive. Les auteurs et la Cour de Cassation continuèrent à soutenir la doctrine extensive. Quant au Tribunal des conflits, il devait, en défi-

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, 2^{e} édit., p. 484.

nitive, adopter une solution moyenne, qu'il nous reste maintenant à exposer et à critiquer.

3° Moyen terme entre les deux théories extrêmes.

Entre la théorie extensive qui se fonde sur une analyse de la nature intrinsèque de la loi et du règlement, et la théorie rectrictive qui s'attache à la volonté du législateur de l'époque intermédiaire de créer une sorte de pouvoir administratif, se place une théorie moyenne qui s'est inspirée surtout des besoins de la pratique.

On constate tout d'abord que les tribunaux de l'ordre judiciaire et les juridictions administratives donnent aux justiciables d'égales garanties d'impartialité et d'indépendance. Du point de vue pratique, il n'y a donc intérêt à préférer les juridictions administratives aux juges ordinaires que lorsqu'il faut trancher des litiges ayant trait à des questions techniques de droit public. Tel est le cas des actes administratifs spéciaux et individuels. On comprend qu'on réserve aux seules juridictions administratives le droit de les interpréter ou d'en apprécier la validité. Mais quand il s'agit de règlements généraux dont les dispositions sont très semblables, par leur nature, à celles des lois, il n'y a aucun motif d'ordre pratique à refuser aux tribunaux judiciaires le droit de les examiner.

Au contraire, il est meilleur, pour la bonne administration de la justice, d'éviter les renvois et les questions préjudicielles, sources de complications, de lenteurs et de frais.

Si l'on part de ces points de vue pour interpréter les textes de l'époque intermédiaire qui ont posé la séparation des pouvoirs, on s'aperçoit que le législateur y a expressément formulé l'interdiction aux juges de faire des actes d'administration, c'est-à-dire qu'il a établi la séparation des fonctions. Quant à la séparation des contentieux, il semble qu'elle soit moins rigoureusement affirmée. « Défenses itératives, portent les textes, sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient. » Cette disposition n'indique pas explicitement que le législateur ait voulu par là poser des règles constitutionnelles, instituant une séparation rigoureuse entre le Législatif et l'Exécutif.

On peut donc penser que la loi du 16-24 août 1790 a simplement voulu organiser l'indépendance des deux pouvoirs.

Celle-ci serait suffisamment assurée si on interprétait l'interdiction de « connaître des actes administratifs » faite à l'autorité judiciaire, en ce sens que ces tribunaux ne sauraient directement et par voie principale annuler un acte administratif, mais qu'en revanche, en présence d'un règlement illégal, ils pourraient, par voie incidente, et par une décision qui n'aurait de valeur que pour un litige déterminé, déclarer que le règlement a violé la légalité, et refuser de prêter leur concours à l'application de ce règlement.

En somme, on n'oublierait pas qu'à côté de la règle de la séparation des pouvoirs, notre droit a posé aussi le principe que le juge de l'action est le juge de l'exception.

Enfin, on distinguerait entre l'interprétation des actes et l'appréciation de leur validité. Si le fait de permettre à un juge de l'ordre judiciaire d'écarter un règlement, même par voie incidente et au cours d'un procès pendant, peut paraître une violation de la séparation des pouvoirs, à l'inverse il n'y aurait pas d'inconvénient à laisser les magistrats de l'ordre judiciaire interpréter seulement le sens d'un règlement.

C'est à cette solution que s'est arrêté le Tribunal des conflits par les arrêts du 16 juin 1923. Il a reconnu aux tribunaux judiciaires le droit d'interpréter les règlements généraux, tout en déclarant que seules les juridictions administratives étaient compétentes pour contrôler la légalité des actes administratifs, généraux ou particuliers.

Il n'est guère douteux que cette solution moyenne est bien fragile.

On peut lui reprocher d'adopter en partie la distinction des lois formelles et des lois matérielles, les règlements étant rangés au nombre de ces dernières, distinction qui n'a pas de base dans notre Constitution, et que nous avons critiquée à propos de la théorie extensive.

Mais cette thèse moyenne a encore de commun avec la thèse extensive qu'elle invoque des arguments qui conduiraient à supprimer totalement le renvoi aux juridictions administratives et, par conséquent, à ne tenir aucun compte des principes de la séparation des pouvoirs en matière d'exception d'illégalité.

En effet, si le juge de l'action est aussi le juge de l'exception, et si l'interdiction de « connaître des actes administratifs » faite aux tribunaux judiciaires ne s'étend pas aux questions préjudicielles qui s'élèvent au

cours d'un procès, il est absolument illogique de permettre aux tribunaux judiciaires d'interpréter les actes administratifs et de leur interdire cependant d'apprécier la légalité de ces actes. De même, rien n'autorise à limiter aux règlements le droit d'interprétation et à refuser de l'étendre aux actes administratifs particuliers.

Ce sont toutes les exceptions qu'il faut remettre au juge de l'action, et non quelques-unes seulement choisies arbitrairement, car il est aussi grave du point de vue de la séparation des pouvoirs d'interpréter un acte que d'en apprécier la légalité. Dans les deux cas, le tribunal se fait juge de la volonté de l'administration, de ses intentions, des desseins qu'elle a poursuivis. Il est vrai que l'appréciation de la légalité comporte, en outre, le droit d'écarter comme illégales certaines dispositions prises par un agent administratif. Mais ce pouvoir semble minime par rapport à celui d'apprécier les motifs et la portée d'une décision administrative, de pénétrer la pensée d'un administrateur, de reconstituer le milieu et les circonstances qui l'ont décidé à agir, toutes investigations sans lesquelles on ne peut interpréter un acte. La différence apparaît d'autant moins grande entre l'interprétation et l'appréciation de validité faites par les tribunaux judiciaires, que, dans les deux cas, l'acte administratif demeure intact, et qu'il n'est ni annulé ni modifié.

A bien les examiner, la thèse moyenne et la thèse extensive sont très proches l'une de l'autre, et toutes deux d'ailleurs viciées par le même illogisme qui, après avoir fait invoquer des arguments propres à écarter totalement la séparation des pouvoirs dans la matière de l'exception d'illégalité, laisse cependant à ce principe une place qui nous paraît d'ailleurs bien précaire.

Nous croyons, en effet, que la doctrine et la jurisprudence parviendront un jour à donner compétence aux tribunaux judiciaires pour interpréter le sens et apprécier la validité de tous les actes administratifs. Depuis que la base constitutionnelle de la séparation des pouvoirs a cessé d'être aperçue, et que la raison d'être de ce principe a été cherchée uniquement dans des motifs d'ordre pratique, ces motifs mêmes doivent aboutir à étendre l'exception d'illégalité à tous les actes administratifs.

CONCLUSION

L'intérêt d'une étude sur l'exception d'illégalité serait assez mince, si elle n'était pas un moyen de faire apparaître comment les nécessités pratiques entraînent la doctrine et la jurisprudence à assouplir les méthodes traditionnelles d'interprétation des lois.

Sans doute, on continue à proclamer que les lois sont des volontés, et que le rôle de l'interprète consiste avant tout à se conformer à la pensée du législateur. Mais on est loin d'appliquer ce principe dans toute sa rigueur. C'est ainsi qu'il ne peut être sérieusement contesté que la théorie restrictive de l'exception d'illégalité était celle du législateur de l'époque révolutionnaire. On voulait alors retirer aux tribunaux judiciaires la connaissance du contentieux administratif, afin d'assurer l'indépendance du pouvoir exécutif. Or, il est évident que ce résultat ne peut être obtenu qu'en retirant totalement aux tribunaux judiciaires l'examen du sens et de la validité des actes administratifs. Il n'y a pas à distinguer entre actes administratifs généraux et actes administratifs spéciaux, ou ce serait pour faire remarquer que les règlements généraux, qui s'imposent à un grand nombre d'intéressés, devraient être soustraits plus que tous autres à l'appréciation des tribunaux judiciaires. C'est cependant à une théorie exactement inverse que la doctrine et la jurisprudence se sont arrêtées. L'essentiel est de se rendre compte de la méthode qui leur a permis de donner des textes révolutionnaires une interprétation aussi éloignée de l'esprit qui les avait dictés.

La doctrine et la jurisprudence se sont trouvées en présence d'un texte portant une prohibition, sans indiquer les motifs qui l'avaient inspirée : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient ».

Les auteurs et les tribunaux ont interprété ce texte en lui-même, d'après sa signification littérale, sans s'arrêter aux mobiles qui avaient déterminé le législateur. Qu'importe que celui-ci eût été hanté d'idées constitutionnelles, qu'il eût songé en frémissant, lors du vote de cette loi, aux arrêts de règlement des Parlements et aux empiètements du pouvoir judiciaire sur les attributions des intendants ! Les tribunaux chargés d'appliquer la loi du 16-24 août 1790 ne s'estiment liés que par les termes mêmes de cette loi. Ces querelles entre Parlements et admi-

nistrateurs sont depuis longtemps oubliées Il n'y a plus lieu de les évoquer. Il faut se borner à rechercher dans quelle mesure la séparation des pouvoirs, telle qu'elle fut édictée, enlève aux tribunaux judiciaires toute « connaissance » du contentieux administratif.

On ne remonte donc pas jusqu'aux causes qui ont inspiré cette loi, et on ne prend pas en considération les intentions d'ordre constitutionnel qui animaient alors le législateur, non que celles-ci soient douteuses, mais parce que, avec les années, les lois tendent à être interprétées d'après leur texte littéral et en tenant surtout compte des problèmes que pose la pratique, à condition toutefois que le texte de la loi formule une volonté sans renseigner explicitement sur les motifs qui l'ont fait émettre.

Tel est justement le cas des lois qui ont établi la séparation des pouvoirs. Et c'est ce qui a permis de voir seulement dans ce principe une règle d'ordre pratique et de distinguer, pour la commodité de l'administration de la justice, la « connaissance » qu'un juge peut avoir d'un acte administratif par *voie principale* et l'examen de cet acte par *voie incidente*, au cours d'un procès né et actuel.

Il est sans doute difficile de trouver un exemple plus frappant de lois que la doctrine et la jurisprudence aient davantage isolées des intentions qui animaient le législateur à l'époque de leur rédaction.

Vu :
Le Président de la Thèse,
A. Guillois.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit.
A. Deslandres.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 3 mars 1925.
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
Th. Rosset.

Table des Matières

Bibliographie v

Introduction vii

Chapitre I. — Définition et régime juridique de l'exception d'illégalité 1

§ I. — *La séparation des pouvoirs et l'exception d'illégalité* 2

La séparation des pouvoirs. — Les textes qui établissent la séparation des pouvoirs. — Les fondements rationnels du principe de la séparation des pouvoirs. — Conséquences du principe de la séparation des pouvoirs. — L'illégalité d'un acte administratif ne lui fait pas perdre son caractère administratif. — L'exception d'illégalité.

§ II. — *Les caractères et les effets de l'exception d'illégalité* 12

Le contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la validité devant la juridiction administrative. — Nature juridique de l'exception d'illégalité. — Comparaison de l'exception d'illégalité et du recours pour excès de pouvoir. — Vices des actes administratifs à l'occasion desquels l'exception d'illégalité peut être soulevée. — Pouvoirs du juge.

Effets de l'exception d'illégalité. — Cas où l'exception d'illégalité est introduite en même temps que le recours pour excès de pouvoirs, ou le recours gracieux, ou le recours hiérarchique.

Chapitre II. — Fondement et domaine de l'exception d'illégalité.. 23

§ I. — *Quand un acte a-t-il le caractère d'acte administratif ?* 25

Les décrets-lois. — Les actes de gouvernement. — Les actes du pouvoir exécutif en temps de crise. — Les actes législatifs.

§ II. — *Aperçu historique de la jurisprudence sur la question de l'exception d'illégalité* 32

1re période : de 1791 à la promulgation du Code civil. — 2e période : De la promulgation du Code civil à la réforme du Code pénal de 1832. — 3e période : de 1832 à 1872. — 4e période : de 1872 à 1923. — 5e période : Depuis les arrêts du Tribunal des conflits du 16 juin 1923.

§ III. — *Examen des théories qui cherchent à déterminer le domaine de l'exception d'illégalité* 49

1° Théorie extensive de l'exception d'illégalité ; 2° Théorie restrictive de l'exception d'illégalité ; 3° Moyen terme entre les deux théories extrêmes.

Conclusion 59

Semur. — Imp. Générale